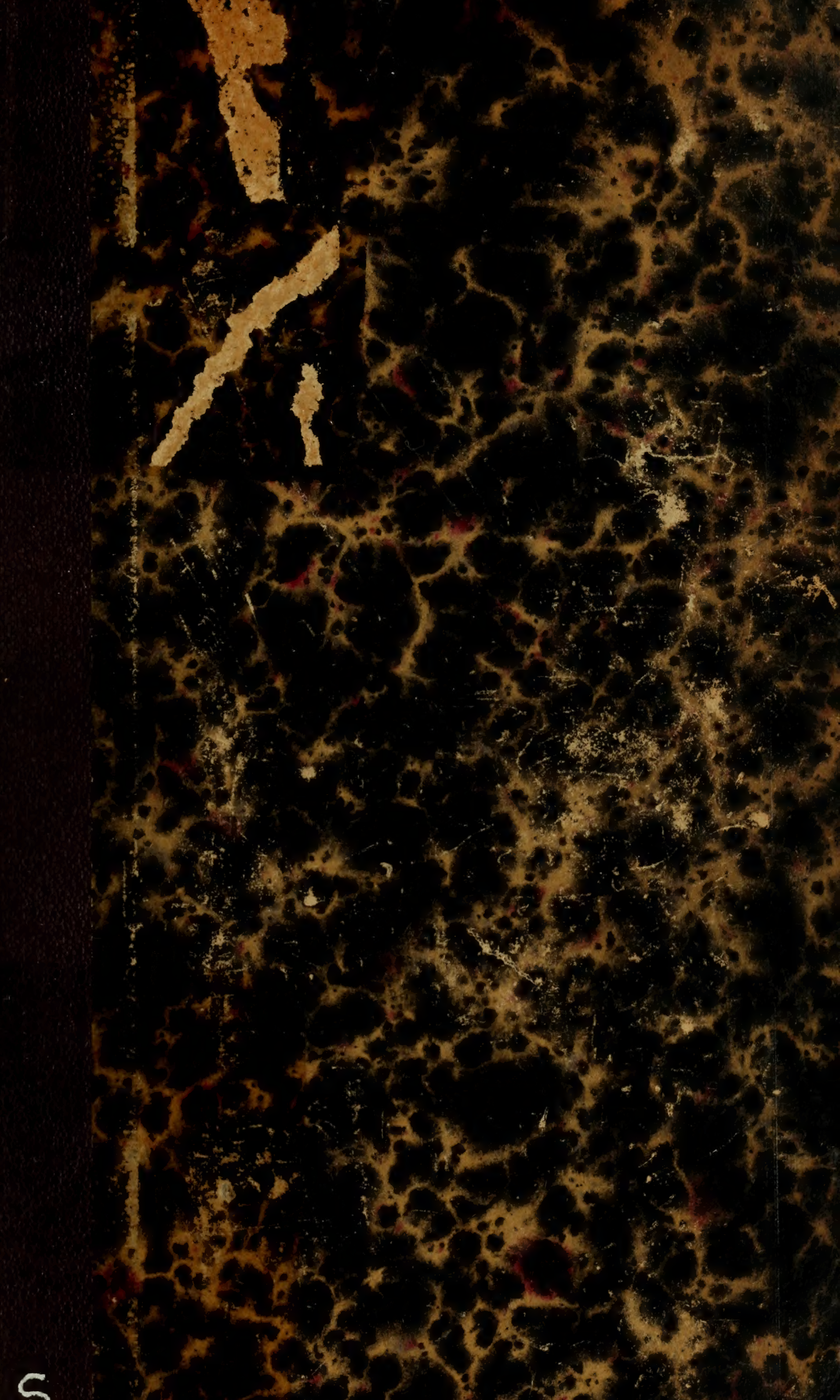


Kunitsch

1127

1127

INSTITUTIONEN

DES

ROMISCHEN RECHTS

VON

RUDOLPH SOHM,

PROFESSOR IN LEIPZIG.

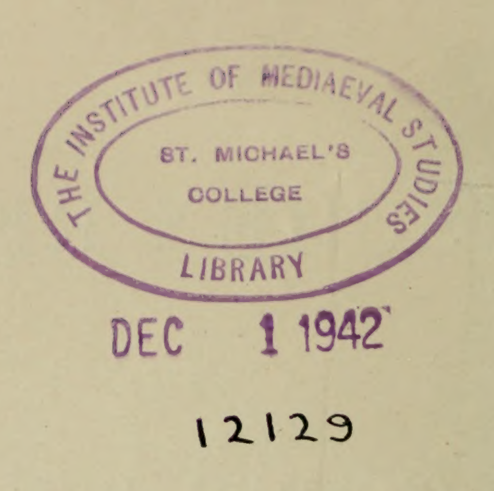
DRITTE AUFLAGE.



LEIPZIG,

VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT.

1888.



Das Recht der Übersetzung bleibt vorbehalten.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

GEORG KAUFMANN

IN FREUNDSCHAFT ZUGEEIGNET.

Vorrede.

Zur ersten Auflage.

Ein Institutionenlehrbuch — so wie ich es mir gedacht habe — zu schreiben, ist eine bescheidene, aber doch schwierige und, wie mir scheint, bedeutsame Aufgabe.

Es kommt nach meiner Ansicht darauf an, ein Buch zu haben, welches für den Anfänger geeignet sei, welches namentlich dazu dienen könne, sein Interesse an dem Gegenstand zu erwecken, der ihm dargelegt wird.

Unter diesem Gesichtspunkt schien mir das Hauptgewicht auf die Form der Darstellung fallen zu müssen. Es sollte versucht werden, den juristischen Gegenständen eine Gestalt zu geben, welche leichte Faſslichkeit mit Nachdruck des Inhalts verbindet und welche dadurch den Anfänger von vornherein in den Stand setzt, seine Wissenschaft nicht als eine Summe von Trockenheiten, sondern als die königliche Trägerin reichen geistigen Lebens zu erblicken. Das Zepter, welches die Wissenschaft führt, um die Welt des Stoffes in ein Reich triebkräftiger, Nahrung gebender, der Sonne des Ideals zugewandter Gedanken zu verwandeln, muſs sichtbar werden, um die Liebe zur Wissenschaft zu erwecken, welche die einzige wahre Mutter aller Studien ist. Ich bekenne offen, daſs mir in dieser Hinsicht die Institutionen Puchtas als, wenngleich nicht erreichbares, Vorbild vorgeschwebt haben.

Aber mit solcher Form muſs sich eine gewisse Beschränkung des Stoffes verbinden, — und in dieser Hinsicht schien mir das Meisterwerk Puchtas nicht das Richtige getroffen zu

haben. Es bietet zu viel für den Anfänger. Die Aufgabe kann nicht sein, die Zielpunkte einer rechtsgeschichtlichen Darstellung zu erreichen. Die Institutionen vermögen nicht zugleich die Rolle einer römischen Rechtsgeschichte zu übernehmen, schon deshalb, weil in den Institutionen die leitenden Gesichtspunkte dogmatischer Natur sind. In dieser Hinsicht teile ich völlig den Standpunkt, von welchem Hölder bei Abfassung seines trefflichen Institutionenlehrbuches ausgegangen ist. Ebensowenig können andrerseits die Institutionen in dogmatischer Hinsicht erschöpfend sein. Sie können nicht die Aufgabe haben, die Pandekten zu ersetzen und etwa ein kurzes und darum ungenügendes Pandektenlehrbuch darzustellen. Immer kann es nur darauf ankommen, die Kraft zu wecken, die Fähigkeit vorbereitend zu üben, welche dann in den Pandekten einerseits, in der römischen Rechtsgeschichte andrerseits einer vollen wissenschaftlichen Aufgabe entgegengeführt werden soll.

Die eigentümliche Aufgabe der Institutionen ist nicht wissenschaftlicher, sondern pädagogischer Natur. Sie sollen weder Rechtsgeschichte noch Pandekten sein, aber sie sollen den angehenden Juristen erziehen, dafs er imstande sei, den Anforderungen, welche jene Disciplinen an ihn stellen, gerecht zu werden. Vorbereitung, das ist alles, was Institutionen zu gewähren imstande sind. Daher bedarf es der dogmatischen Darstellung, aber nur so, dafs eine Auswahl getroffen wird, welche die Hauptthatsachen und die Hauptbegriffe hervortreten läfst, um denselben Schilderung und Definition, vielleicht unter Umständen nur eine grobe Definition zuteil werden zu lassen, deren Ausfeilung dann den Pandekten überlassen bleiben mag. Deshalb bedarf es ferner der rechtsgeschichtlichen Darstellung, aber nur, um von vornherein die unentbehrlichen geschichtlichen Kenntnisse zu vermitteln und zugleich dem Stoff die Perspective und das Leben mitzuteilen, welches das Recht als das Kunstwerk der Jahrhunderte in sich trägt. Überall mufs als der oberste Zweck erscheinen: Eindrücke hervorzubringen, den Geist des angehenden Juristen in Thätigkeit zu setzen, ihn womöglich zu zwingen, dafs er an die Gegenstände seiner Wissenschaft herantrete, um die Welt der Wunder zu sehen, welche sich ihm dort ankündigt. Nicht die Erledigung einer bestimmten stofflichen

Aufgabe, sondern Anregung ist es, was an erster, ja vielleicht einziger Stelle notwendig ist.

Deshalb bin ich auch nicht der Meinung gewesen, etwa allen dogmatischen Schwierigkeiten ängstlich aus dem Wege zu gehen. Nein, es schien mir richtiger, dann und wann auch einmal einen Griff in schwierigere Fragen zu thun (z. B. S. 381 bei der Ausführung über die hereditas jacens), damit die Art juristischer Probleme und die Weise des Nachdenkens über dieselben an einem Beispiel sichtbar werde. Ebensowenig habe ich gemeint, auf dem Gebiete rechtsgeschichtlicher Fragen mich lediglich an das Überlieferte halten zu müssen. Auch hier ist unter Umständen (so S. 385 ff. in Bezug auf die Entstehung der bonorum possessio) der Anfänger vor eine offene und schwierige rechtsgeschichtliche Frage geführt worden, wiederum in der Absicht, die Weise historischen Nachdenkens und zugleich den Reichtum der Wissenschaft an noch zu lösenden Fragen vermittelst eines Einzelfalls klar zu machen.

In dieser Weise dachte ich mir Stoff und Aufgabe. Formell ist das Justinianische Privatrecht als Ziel der Darstellung bezeichnet worden (§ 5). In dem Justinianischen Recht berührt sich die gesamte Vergangenheit des römischen Rechts mit den privatrechtlichen Ideen, welche noch heute unter uns leben. Darum konnte, wie mir schien, von diesem Standpunkt aus am besten eine Einleitung in die römische Rechtsgeschichte einerseits, in die Dogmatik unseres Privatrechtes andrerseits gegeben, und damit die Aufgabe eines Institutionenlehrbuches gelöst werden, — eine Aufgabe, welche zugleich (wie schon gesagt worden ist) die im ganzen leicht geschürzte, aber doch unter Umständen tiefer eindringende Art der Behandlung notwendig machte.

Von dem Vorrecht eines Institutionenlehrbuchs, keine Litteratur zu citieren, habe ich reichlich Gebrauch gemacht. Aber doch habe ich nicht gemeint, lediglich um des Princips willen keine Ausnahmen machen zu dürfen. Ich habe vielmehr dann und wann Bücher citiert, denen ich mich zu besonderem Danke verpflichtet fühle und von denen gehört zu haben schon dem Institutionisten nützlich ist. Dafs dabei mancherlei Ungleichheit und, um es so zu nennen, Ungerechtigkeit vorkommt, da eine Reihe von hervor-

ragenden Werken, denen ich unendlich vieles schuldig bin, natürlich ungenannt geblieben ist, sehe ich selber ein.

Überhaupt wird es bei einem Stoff, welcher, wie der Gegenstand unserer Institutionen, in so mannigfacher Hinsicht dem subjectiven Ermessen und Belieben des Darstellers unterliegt, schwer sein, allen Anforderungen zu genügen. Am meisten Sorge macht mir, ob die Art, wie ich den römischen Civilproceſs behandelt habe (§ 34—44), den Beifall der Sachverständigen finden wird. Dem einen werde ich zu viel, dem andern zu wenig gegeben haben. Meine Idee war diese, hier gewissermaſsen Institutionen des römischen Civilprocesses zu schreiben: eine Darstellung, welche das Wichtigste aus der Geschichte des römischen Civilprocesses in (soweit möglich) anschaulicher Weise dem Anfänger überliefert. Darüber, daſs es durchaus notwendig ist, schon dem angehenden Juristen eine Anschauung von Wesen und Art des römischen Civilprocesses zu geben, wird keine Meinungsverschiedenheit bestehen.

Aber die Einwirkung des subjectiven Moments stellt selbstverständlich nicht die einzige Klippe dar, an welcher solche Arbeit scheitern kann. Ich brauche wohl nicht zu versichern, daſs ich die Schwierigkeiten der Aufgabe oft genug empfunden habe, namentlich soweit es sich um die geschichtlichen Teile der Darstellung handelt. Welch einen reichen Stoff galt es hier zu bewältigen, und wie ungenügend ist oft das, was man zu bieten genötigt ist! Und doch zog der Reiz der Aufgabe, die Groſsartigkeit des Blicks auf die Welt der römischen Rechtsgeschichte, der Trieb, an diesem edlen Stoff mich formgebend zu versuchen und neben andern, besser Gerüsteten dennoch in den Wettkampf um ein bedeutsames Ziel mit einzutreten, mich immer aufs neue zu dieser Arbeit hin. Wie viel fehlt, daſs sie vollendet wäre! Aber das ist die Art der Wissenschaft, daſs sie schon das Streben nach dem Ziel mit Frucht segnet, ja daſs sie ihre schönsten und reinsten Freuden austeilt, nicht nach der Arbeit, wenn das Werk formell fertig ist (ach, mit wie viel Mängeln!), sondern während und in der Arbeit: dann, wenn wir mit heiſser Stirn dem Licht entgegenringen, welches sie auf steiler Höhe weithin leuchtend zeigt.

Straſsburg i. E. am 25. September 1883.

Zur zweiten Auflage.

Bei der Neubearbeitung dieses Buches war es meine vornehmste Aufgabe, mancherlei Unvollkommenheiten, welche die Arbeit aufwies, zu beseitigen. Dabei sind die kritischen Bemerkungen von Freunden und Recensenten von mir mit grofsem Dank benutzt worden. Eine wesentliche Umarbeitung haben namentlich erfahren: § 11 (fiducia), § 14 (Hadrianisches Edict), § 15 (römische Rechtswissenschaft), § 40 (actio arbitraria), § 61 (Correalobligation), § 97 (bonorum possessio). Aber auch sonst sind erhebliche Änderungen über alle Teile des Buches zerstreut.

Der Charakter der Arbeit ist in der Hauptsache der gleiche geblieben. Ich habe mich nur bemüht, einmal dem Rechtsgeschichtlichen einen breiteren Raum zu geben, namentlich die Ergebnisse neuerer rechtsgeschichtlicher Forschungen hervortreten zu lassen, — und sodann, die Darstellung möglichst objectiv zu gestalten. Doch war es keineswegs meine Absicht, das subjective Element etwa ganz verschwinden zu lassen, sondern nur, die individuelle Ansicht, wo es nötig schien, auch als solche zu bezeichnen. Denn gerade die pädagogische Kraft eines Buches wird an erster Stelle von dem Mafs des Persönlichen abhängen, welches, auch durch tote Buchstaben vernehmlich redend, und durch das Mühen um den grofsen Gegenstand mehr noch anregend als durch Ergebnisse, lebendig wirksam auf den Leser eindringt.

Strafsburg i. E. am 30. Januar 1886.

Zur dritten Auflage.

Auch diese Auflage ist eine durchgearbeitete. Tiefer greifende Änderungen weisen z. B. auf § 11 Anm. 1 (leges regiae), § 20 (juristische Personen), § 68 (Litteralcontract), § 96 (heredes domestici).

Leipzig am 13. October 1887.

Rudolph Sohm.

Inhalt.

E i n l e i t u n g.

Erstes Capitel.

Die Aufgabe.

§ 1.

Die Reception des römischen Rechts in Deutschland.

Im 16. Jahrhundert vollzog sich in Deutschland jene groſse Culturbewegung, welche die mittelalterlichen Anschauungsformen und Ideen durch den wiedergeborenen Geist des Altertums verdrängte. Von Italien war die Bewegung ausgegangen. Im 16. Jahrhundert eroberte sie die abendländische Welt. An die Stelle der Gotik trat der Stil der Renaissance, an die Stelle der Scholastik der Humanismus. Auch das deutsche Rechtsleben ward in den mächtigen Strom der Bewegung hineingerissen. Das vaterländische Recht, nicht verteidigt noch fortgebildet durch eine starke Centralgewalt, vermochte dem Andrang der neuen Ideen nur unvollkommenen Widerstand entgegenzusetzen. Was im 15. Jahrhundert sich bereits vorbereitet hatte, vollendete sich im 16. Jahrhundert: die Reception des römischen Rechts in Deutschland.



Seitdem ist das römische Recht ein Bestandteil unseres Rechts geworden, und auch wo die formale Geltung des Corpus juris civilis beseitigt ist (z. B. im Gebiet des preuſsischen Landrechts), ist doch inhaltlich die Geltung römischer Rechtssätze für weite Gebiete unseres Rechtslebens unberührt geblieben.

Fast noch bedeutender aber als der materielle Erfolg des römischen Rechts war der Einfluſs, welchen es auf unsere wissen-

schaftlichen Vorstellungen geübt hat. Das mittelalterliche Recht, nicht in Büchern, sondern in dem Gedächtnis der Männer sein Leben führend, hatte eine Rechtswissenschaft in Deutschland nicht hervorgebracht. So kam es, dafs die römische Jurisprudenz, welche mit dem Corpus juris civilis herüberkam, bei uns ein leeres, unbesetztes Gebiet fand, welches sie ohne Schwertstreich in Besitz nahm. Erst seit dem 16. Jahrhundert, d. h. erst seit und infolge der Reception des römischen Rechts, gab es bei uns eine deutsche Rechtswissenschaft, und diese deutsche Rechtswissenschaft hat von vornherein die Züge der Mutter an sich getragen, welcher sie entstammte: der römischen Jurisprudenz. Derselbe geniale Formensinn, welcher die antike Kunst auszeichnet, hatte auch der antiken Rechtswissenschaft jenes Ebenmafs, jene Durchsichtigkeit, jene einleuchtende Kraft ihrer Begriffe gegeben, welche nun in Deutschland, sobald nur das römische Recht in den Horizont der Zeit eintrat, die Geister gefangen nahm. Die römische Jurisprudenz kam, sah und siegte. Seit dem 16. Jahrhundert bis heute ist sie die Lehrmeisterin unseres juristischen Denkens gewesen, und darum fangen wir noch heute unseren juristischen Unterricht mit dem römischen Recht an.

Der Teil des Rechts, für welchen es dem Altertum gelang, die gröfsten Erfolge davonzutragen, ist das Privatrecht, welches an erster Stelle das Recht der Vermögensverhältnisse (Eigentum, Schuldverhältnisse) bedeutet. Die Wissenschaft des römischen Privatrechts steht daher noch heute im Mittelpunkt unserer Jurisprudenz. Hier setzen auch die „Institutionen“ ein, um dem Anfänger die erste Anschauung von seiner Wissenschaft zu gewähren.

§ 2.

Das römische Privatrecht.

Mit dem römischen Privatrecht beschäftigen sich verschiedene Disciplinen: die römische Rechtsgeschichte, die Institutionen und die Pandekten. Das Verständnis dieser Dreiteilung ergiebt ein Blick auf das Verhältnis des römischen Rechts zum heutigen Recht.

Deutschland zerfällt heute in Bezug auf die Gestaltung seines Privatrechts in zwei grofse Rechtsgebiete.

Das eine Gebiet ist das Gebiet des sog. Pandektenrechts (oder, wie es auch heifst: das Gebiet des gemeinen Rechts), d. h. das Gebiet, in welchem das römische Privatrecht noch formelle Gesetzeskraft besitzt, wo es also noch heute gilt, soweit es nicht durch einzelne Landesgesetze geändert wurde. Zu diesem Gebiet gehören Holstein, einzelne Teile von Schleswig[1]), die Hansestädte, Lauenburg, Mecklenburg, Neuvorpommern und Rügen, Hannover (gröfstenteils), Oldenburg (mit Ausnahme des Fürstentums Birkenfeld), Braunschweig, die thüringischen Herzogtümer, Lippe-Detmold, Schaumburg-Lippe, Waldeck, der Bezirk des ehemaligen Appellationsgerichtes Ehrenbreitstein, Hessen-Nassau, Hessen-Darmstadt (mit Ausnahme von Rheinhessen), Hohenzollern, Württemberg und Bayern (mit Ausnahme der Pfalz und der fränkischen Fürstentümer). Es ist ein grofses, compactes, von Schleswig-Holstein im Norden bis nach Bayern im Süden hinabreichendes Rechtsgebiet. In all diesen Ländern sind viele Gesetze erlassen, welche das römische Privatrecht in einzelnen Materien, bisweilen auch in vielen Materien abändern. Aber überall hat das römische Privatrecht sog. subsidiäre Geltung: es gilt, soweit die Landesgesetze keine entgegenstehenden Bestimmungen enthalten.

Das andere Gebiet ist das Gebiet des codificierten Privatrechts, d. h. das Gebiet, wo die formelle Geltung des römischen Privatrechts ausgeschlossen und das ganze Privatrecht durch eine erschöpfende einheimische Gesetzgebung (Codification) beherrscht wird. Inhaltlich sind jedoch auch in diese Codificationen viele Sätze des römischen Rechts aufgenommen worden. Diese Gebiete sind die Gebiete des preufsischen Landrechts von 1794, des französischen bürgerlichen Gesetzbuchs (des code civil)

---

[1]) In dem gröfsten Teil von Schleswig gilt das Jütisch Low (von König Waldemar II. von Dänemark 1240, jetzt giltig in der Form einer plattdeutschen Übersetzung vom Ende des 16. Jahrhunderts). Das römische Recht ist im Gebiete des Jütisch Low nicht recipiert. Es gilt dort nur für einzelne Institute, und im übrigen als ratio scripta, d. h. insofern es die Anforderungen der „Natur der Sache“ und der „Billigkeit“ zum Ausdruck bringt. Eine gleiche Stellung hat das römische Recht in den Cantonen der Schweiz, soweit dort kein codificiertes Recht gilt. Die Reception des römischen Rechts mit formaler subsidiärer Gesetzeskraft beschränkt sich auf die Gebiete, in denen die Rechtsprechung des (1495 von Kaiser Maximilian I. eingesetzten) Reichskammergerichts Einflufs übte.

von 1804 (gilt am linken Rheinufer und in Baden in der Form des badischen Landrechts von 1809) und das Gebiet des königlich sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs von 1863. Auch im cisleithanischen Österreich gilt eine solche Codification, welche das bis dahin geltende Pandektenrecht beseitigte, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch von 1811. Fast die ganze östliche Hälfte Deutschlands (rechts der Elbe) und der äufserste Westen (links des Rheines) hat codificiertes Privatrecht.

Jetzt wird klar sein, weshalb und in welcher Art vom römischen Privatrecht gehandelt wird.

§ 3.

Die Disciplin des Pandektenrechts.

Die Disciplin des Pandektenrechts handelt von dem römischen Privatrecht in seiner heutigen Gestalt, d. h. in der Gestalt, in welcher es in den Ländern des Pandektenrechts („des gemeinen Rechts“) subsidiäre Geltung hat. Das Pandektenrecht weicht von dem reinen römischen Privatrecht, wie es im Corpus juris civilis steht, vielfach ab infolge der Modificationen, welche es im Lauf einer mehr als tausendjährigen Entwickelung durch die mittelalterliche Gesetzgebung der Kirche (das im Corpus juris canonici enthaltene kanonische Recht), die italienischen und deutschen Rechtsgewohnheiten, durch die Gesetzgebung des früheren und heutigen Deutschen Reichs empfangen hat.

Der praktische Nutzen der Pandektenwissenschaft ist ein doppelter.

Einmal ist die Pandektenwissenschaft für die Länder „des gemeinen Rechts“ (des Pandektenrechts) die Darstellung eines unmittelbar praktisch geltenden Rechts. Was von der Pandektenwissenschaft gelehrt wird, hat in den Ländern des gemeinen Rechts den Anspruch, von den Gerichten angewandt zu werden, sofern nicht Landesgesetze oder Landesgewohnheiten abweichendes Recht erzeugt haben.

Zum andern aber ist die Pandektenwissenschaft auch für die Länder des codificierten Rechts von praktischer Bedeutung. Die Gesetzbücher (das preufsische Landrecht u. s. w.) enthalten keine neue Weisheit, welche damals plötzlich vom Himmel herabgefallen

wäre. Sie sind vielmehr auf Grund des vorher geltenden Rechts entstanden, also, da vorher (seit der Reception im 16. Jahrhundert bis gegen das Ende des 18. Jahrhunderts) in allen Ländern Deutschlands das Pandektenrecht als subsidiäres Recht galt, sind sie namentlich auch auf Grund des Pandektenrechts verfafst worden. Im preufsischen Landrecht, im königl. sächsischen Gesetzbuch, im österreichischen Gesetzbuch ist eine ganze Menge von Rechtssätzen enthalten, welche dem Pandektenrecht entnommen sind (das französische Gesetzbuch enthält am wenigsten römisches Recht). Daher enthält die Pandektenwissenschaft zugleich den Schlüssel für das Verständnis der codificierten Privatrechte. Mit Hilfe der Pandektenwissenschaft lernen wir das preufsische Landrecht u. s. w. verstehen.

Aber es gilt in Deutschland nicht blofs Pandektenrecht. Neben dem Pandektenrecht haben wir in den Ländern des gemeinen Rechts eine ganze Reihe von Landesgesetzen und Landesgewohnheiten, welche, soweit sie Bestimmungen enthalten, in der Rechtsanwendung dem Pandektenrecht für das Gebiet des betreffenden Landes vorgehen. Diese Landesgesetze und Landesgewohnheiten haben ihren Ursprung aber meistens nicht im römischen Recht, sondern in dem einheimisch deutschen Recht, welches vor der Reception in Deutschland blühte. Ferner: die neueren codificierenden Gesetzbücher haben ihren Inhalt nur zum Teil aus dem Pandektenrecht geschöpft. Neben Rechtssätzen, welche dem Pandektenrecht entstammen, enthält z. B. das preufsische Landrecht eine grofse Zahl von Rechtssätzen, welche dem einheimisch deutschen Recht der preufsischen Provinzen ihren Ursprung verdanken.

Daher haben wir, um das heute in Deutschland geltende Privatrecht zu verstehen, neben der Disciplin des Pandektenrechts noch eine zweite Disciplin nötig, welche das aus einheimisch deutscher Wurzel stammende Privatrecht zum Gegenstand hat. Dies ist die Disciplin des technisch sogenannten deutschen Privatrechts.

So entspricht also dem doppelten Ursprung unseres heutigen Privatrechts eine Zweiteilung der Wissenschaft. Soweit unser heutiges Privatrecht auf römisches Recht zurückgeht, wird es von der Wissenschaft des Pandektenrechts, soweit es auf einheimisch

deutsches Recht zurückgeht, wird es von der Wissenschaft des deutschen Privatrechts zusammenfassend dargestellt.

§ 4.

Die Disciplin der römischen Rechtsgeschichte.

Die Pandektenwissenschaft gehört, wie sich soeben herausgestellt hat, der Wissenschaft unseres heutigen Privatrechts an. Dagegen haben die römische Rechtsgeschichte und die Institutionen es lediglich mit der Geschichte unseres Privatrechts (soweit es auf römischer Wurzel ruht) zu thun.

Die römische Rechtsgeschichte handelt von der Geschichte des römischen Privatrechts von den ältesten Zeiten bis auf Justinian, den Urheber des Corpus juris civilis (im 6. Jahrhundert n. Chr.). Sie zeigt, wie das römische Recht, von geringen Anfängen ausgehend, nicht bloſs äuſserlich die Welt eroberte, sondern zugleich innerlich zu einem Weltrecht sich umgestaltete. Sie zeigt die Ursachen der Gröſse des römischen Rechts und seiner Wissenschaft, zugleich damit einen Teil der Gründe, weshalb wir das römische Recht recipiert haben.

§ 5.

Die Institutionen.

Die Institutionen bringen den Abschluſs der römischen Rechtsgeschichte, sofern sie innerhalb des römischen Reiches sich vollzog, zur Anschauung. Sie handeln von dem römischen Privatrecht zur Zeit Justinians.

Justinian war es beschieden, die Summe der römischen Rechtsentwickelung zu ziehen. Das Gesetzbuch, in welchem er dies Werk vollbrachte, ist das Corpus juris civilis. Es steht am Ende der römischen, im Beginne der mittelalterlichen Rechtsgeschichte. Es bildet den Schluſsstein der antiken, den Anfang unserer Rechtsentwickelung.

Wegen dieser seiner centralen Stellung wird das Recht des Corpus juris civilis von unserer Wissenschaft zweimal und in zweifach verschiedener Weise dargestellt. Einmal in den „Pandekten“. Die Pandekten handeln von dem Recht des Corpus

juris civilis in seiner heutigen Gestalt, also in der veränderten Form, welche ihm das kanonische Recht, italienische und deutsche Gewohnheiten, deutsche Reichsgesetze gegeben haben (§ 3). Zum andern wird das Recht des Corpus juris civilis in den „Institutionen“ dargestellt. Die Institutionen handeln von dem Recht des Corpus juris civilis in seiner damaligen Gestalt (nämlich zur Zeit Justinians), also von dem unveränderten Recht des Corpus juris civilis oder, wie man zu sagen pflegt, von dem reinen römischen Privatrecht. Durch die Pandekten wird das römische Recht des 19. Jahrhunderts, durch die Institutionen das römische Recht des 6. Jahrhunderts dargestellt.

Die Institutionen erfüllen zugleich eine zweite Aufgabe. Indem sie das reine römische Privatrecht darstellen, sollen sie zugleich eine Einleitung in das gesamte Rechtsstudium gewähren.

Dadurch bestimmt sich der Gang der folgenden Darstellung. Es wird zunächst eine kurze Orientierung über die Quellen, sowie über die juristischen Grundbegriffe gegeben werden. Dann folgt die Darstellung selbst in einem einleitenden geschichtlichen und einem dogmatischen Teil.

Zweites Capitel.

Quellen und Grundbegriffe.

§ 6.

Die Quellen.

I. Das Corpus juris civilis von Justinian hat in seiner heutigen Gestalt vier Teile:

1. Die Institutionen (publiciert am 21. Nov. 533) sind ein kurzes Lehrbuch, bestimmt, den gesamten übrigen Inhalt des Corpus juris kurz zusammenfassend darzustellen und damit zugleich in das Studium des Corpus juris einzuleiten, — aber ein Lehrbuch mit Gesetzeskraft. Die Institutionen haben gleiche Gesetzeskraft wie die Digesten und der Codex.

Die Institutionen zerfallen in vier Bücher, die Bücher in Titel, die Titel in Paragraphen. Der erste Satz des Titels (vor § 1) wird als principium (pr.) bezeichnet. Also citiert man:

pr. I. (= Institutionum) de donat. (2, 7).

Soll unmittelbar darauf eine andere Stelle desselben Titels citiert werden, so wiederholt man Überschrift und Zahl des Titels nicht, sondern schreibt:

§ 4 I. eod.

Handelt die Darstellung, zu welcher eine Stelle des Institutionentitels de donationibus als Belegstelle citiert werden soll, ex professo von Schenkungen, so kann das erste Citat auch lauten:

pr. I. h. t. (= hoc titulo).

Mit dem Citat „h. t.“ ist also der einschlagende Titel (der unsere, gerade vorliegende Materie behandelnde Titel), mit dem Citat „eod.“ der zuletzt vorher citierte Titel angezogen.

2. Die Digesten oder Pandekten (publiciert am 16. Dec. 533) enthalten Auszüge (Fragmente) aus den Schriften der römischen Juristen, welche von Justinian zusammengestellt und mit Gesetzeskraft versehen sind. Die Digesten haben 50 Bücher, die Bücher zerfallen in Titel, die Titel in Fragmente (sog. leges), die Fragmente in Paragraphen; der erste Absatz der lex heifst principium. Also Citat:

L. (= lex) 2 pr. D. (= Digestorum) mandati (17, 1).

L. 10 § 1 eod.

L. 18 h. t. (mit diesem Citat ist der Titel mandati citiert, wenn die Ausführung, zu welcher citiert wird, ex professo vom Mandat, d. h. vom Auftrag, handelt).

Die Bücher 30. 31. 32 der Digesten handeln alle drei von dem nämlichen Gegenstand: de legatis, und haben keine Titeleinteilung. Darum citiert man hier:

L. 1 D. de legat. I (30).

Manche neuere Schriftsteller bezeichnen die einzelnen Fragmente der Juristenschriften, aus welchen die Digestentitel zusammengesetzt sind, nicht als leges, sondern als fragmenta (fr.), und kann dann das D., also die Verweisung auf den Digestenteil des Corpus juris, fortbleiben. Also:

fr. 2 pr. mandati (17, 1),

3. Der Codex (publiciert am 16. Nov. 534) enthält kaiser-

liche Erlasse und Gesetze von Justinian und den älteren Kaisern (meistens auszugsweise), welche von Justinian zusammengestellt und als einheitliches Gesetz publiciert sind. Der Codex hat 12 Bücher, Die Bücher zerfallen in Titel, die Titel in die einzelnen kaiserlichen Erlasse (leges), die leges in Paragraphen, wie vorher. Also Citat:

L. 11 § 1 C. (= Codicis) depositi (4, 34).

Die einzelnen leges des Codex können auch als c. (= constitutio) bezeichnet werden, und kann dann das C., d. h. die Verweisung auf den Codexteil des Corpus juris, fortbleiben:

c. 11 § 1 depositi (4, 34).

Diese drei Teile des Corpus juris: die Institutionen, die Digesten und der Codex, sind von Justinian zwar an verschiedenen Daten, aber doch als zusammen ein einziges Gesetzbuch bildend publiciert worden und haben daher alle gleiche Gesetzeskraft. Sie stellen das Corpus juris in der Gestalt dar, in welcher es von Justinian erlassen wurde. Unser heutiges Corpus juris unterscheidet sich von dem Corpus juris Justinians dadurch, dafs wir noch einen vierten Teil dem Corpus juris hinzugefügt haben:

4. Die Novellen sind Nachtragsgesetze, von Justinian und späteren Kaisern nach Vollendung des Corpus juris gegeben (weitaus die meisten von Justinian in den Jahren 535—565). Weil sie jünger sind als das Corpus juris, so gehen sie, soweit die Novellen von uns recipiert sind (was bei den meisten der Fall ist), dem übrigen Inhalt des Corpus juris vor. Die Novellen citiert man nach Zahl, Capitel und Paragraphen:

Nov. 118 cap. 3 § 1.

Ausgabe:

Corpus juris civilis. Editio stereotypa. Institutiones recens. P. Krüger. Digesta rec. Th. Mommsen. Berolini 1872. Codex Justinianus, rec. P. Krüger. Berol. 1877. Novellae, rec. R. Schoell (noch unvollendet). Berol. 1880. 1883. 1886.

II. Die vorjustinianischen Rechtsquellen sind:

1. Die Schriften der römischen Juristen in ihrer ursprünglichen Gestalt.

2. Die Erlasse und Gesetze der römischen Kaiser in ihrer ursprünglichen Gestalt.

3. Die altrömischen Volksgesetze und anderen Rechtsquellen

in ihrer ursprünglichen Gestalt, Urkunden und Nachrichten nichtjuristischer Schriftsteller.

Ausgaben:

Corpus juris Romani antejustiniani consilio professorum Bonnensium. Bonnae 1835 ff.

Jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt, ed. Huschke, ed. 4. Lipsiae 1879.

Collectio librorum juris antejustiniani in usum scholarum, ediderunt P. Krüger, Th. Mommsen, Guil. Studemund. Tom. I. Gai Institutiones, ed. 2. Berolini 1884. Tom II. Ulpiani liber singularis regularum. Pauli libri quinque sententiarum. Fragmenta minora. Berol. 1878.

Corpus legum ab imperatoribus Romanis ante Justinianum latarum, quae extra constitutionum codices supersunt, ed. Haenel. Lips. 1857.

Fontes juris Romani antiqui, ed. Bruns, ed. 5. cura Th. Mommseni. Friburgi in Brisgavia 1887.

Anhang. Die Handschriften des Corpus juris.

Wir sind heute gewöhnt, uns das Corpus juris als ein einheitliches Buch zu denken. Das entspricht aber dem ursprünglichen Thatbestande nicht. Justinian publicierte Institutionen, Digesten, Codex, wie schon bemerkt, als drei selbständige Bücher, wenngleich sie eine einheitliche Gesetzgebung darzustellen bestimmt waren. Die Novellen sind selbstverständlich nachträglich einzeln publiciert worden. Dem entsprechend hat sich die handschriftliche Überlieferung gestaltet. Die Handschriften des Corpus juris enthalten nur je einen Teil des Corpus juris.

Weltberühmt ist die ausgezeichnete Handschrift der Digesten, welche im Mittelalter einen Schatz der Stadt Pisa bildete, dann (1406) nach Unterwerfung der Pisaner von den Florentinern nach Florenz entführt wurde, die Florentina (früher Pisana). Sie ist im Anfang des 7. Jahrhunderts von griechischen Schreibern geschrieben und einer sehr sorgfältigen Correctur unterworfen worden, bei welcher noch ein zweites Original zur Verbesserung des Textes benutzt worden ist. Auf der Florentina (Pisana) beruht in der Hauptsache die Geschichte der Digesten im Abendlande, und da in den Digesten die Kraft des Corpus juris lag, zugleich mittelbar die

Geschichte des römischen Rechts überhaupt. Die Florentina ist die Grundlage der zahlreichen Vulgathandschriften, d. h. der Handschriften, welche den von den römischen Rechtslehrern in Bologna, den sogenannten Glossatoren (im 12. und 13. Jahrhundert) zu Grunde gelegten Digestentext enthalten. Während die Florentina das ganze Digestenwerk enthält, geben jedoch die Vulgathandschriften ganz regelmäfsig nur einen Teil desselben.

Nach der Studienordnung Justinians sollten von den Digesten nur die ersten 23 Bücher und das 26., 28. und 30. Buch im Rechtsunterricht von den Professoren erklärt werden. Infolgedessen ist zunächst in Italien eine nur bis zum 23. Buch reichende Abschrift der Florentina verbreitet worden, indem man jedoch dem 23. Buch noch die eng mit demselben zusammenhängenden beiden ersten Titel des 24. Buches hinzufügte. Das hiefs Digestum schlechtweg. Da jedoch Justinian den Studierenden aufgegeben hatte, im vierten Jahre ihres Studiums die Bücher 24. 25. 27. 29. 31—36 der Digesten privatim zu studieren (die 14 letzten Bücher brauchten während der Studienzeit überhaupt nicht gelesen zu werden, sondern waren späterer Kenntnisnahme vorbehalten), so gab es auch, jedoch sehr selten, Handschriften in Italien, welche den Teil der Florentina von Buch 24 Titel 3 bis Buch 36 enthielten. Eine unvollständige Handschrift dieses zweiten Digestenteils ist für die bolognesische Textgestaltung mafsgebend geworden. Sie brach mitten in der l. 82 D. ad leg. Falcidiam (35, 2) vor den Worten tres partes ab. Erst später, als die vollständige Pisana (die Florentina) wieder bekannt geworden war, konnte man diesen zweiten Teil wieder ergänzen und „verstärkte“ ihn, um des Ebenmafses willen, so dafs er bis zum Ende des 38. Buches reichte. Daher die Bezeichnung dieses zweiten Teils als Digestum infortiatum (= fortiatum, verstärkt), und die Scheidung dieses zweiten Teils in das infortiatum im engeren Sinne (bis zu tres partes) und die „tres partes“ (von tres partes bis zum Ende des 38. Buchs). Der dritte Teil, der jetzt gleichfalls auf Grund der wieder bekannt gewordenen Pisana gebildet wurde (von Buch 39 bis zu Ende), empfing den Namen Digestum novum, und im Gegensatz zu demselben ward jetzt das altbekannte Digestenwerk (bis Buch 24 Titel 2) als Digestum vetus bezeichnet. Vgl. v. Scheurl in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 143 ff.; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte Bd. 1 (1885)

S. 1027 in der Anm. So zerfielen also die Digesten handschriftlich in drei volumina (das vetus von Buch 1 bis Buch 24 Titel 2, das infortiatum mit den tres partes von Buch 24 Titel 3 bis Buch 38, das novum von Buch 39 bis Buch 50). Der Wert dieser Vulgathandschriften ist gering, weil sie in allen drei Teilen Abschriften der Florentina sind und die Fehler der Florentina (z. B. auch die verkehrte Reihenfolge zweier Blätter gegen Ende der Digesten) regelmäfsig wiederholen. Sie besitzen einen kritischen Wert nur dadurch, dafs sie (jedoch nur bis zu Buch 33) an manchen Stellen Ergänzungen, Verbesserungen, Veränderungen der Florentina bieten, welche aus einem zweiten Original geflossen sein müssen, und zwar zu einer Zeit, da die Digesten nur erst bis zu den tres partes abschriftlich verbreitet waren. Um die Aufhellung all dieser Thatsachen hat die gröfsten Verdienste Mommsen sich erworben, dessen kritische Untersuchungon, sowie eine auf Grund derselben gegebene Textgestaltung in seiner grofsen Digestenausgabe (Digesta Justiniani Augusti, 2 Bde. 1870) vorliegen.

Die Institutionen sind sehr häufig abgeschrieben worden und haben schon im frühen Mittelalter eine bedeutend gröfsere Verbreitung als die umfangreichen Digesten erlangt. Für uns sind heute von besonderem Wert einerseits eine Bamberger Handschrift, andererseits eine (leider unvollständige) Turiner Handschrift, beide aus dem 9. oder 10. Jahrhundert. Die letztere enthält die sogenannte Turiner Institutionenglosse, welche noch unter Justinian geschrieben worden ist.

Der Codex ist verhältnismäfsig unvollkommen überliefert, wohl in Zusammenhang damit, dafs nach der justinianischen Studienordnung über den Codex überhaupt keine Vorlesungen gehalten wurden, die Lectüre des Codex vielmehr dem Privatfleifs (im 5. Studienjahre) überlassen war. Ein Veroneser Palimpsest, welcher der Florentina gleichalterig ist, enthielt den ganzen Codex, ist aber nur lückenhaft erhalten. Die übrigen Codexhandschriften gehen auf Auszüge zurück, welche nur die ersten 9 Bücher des Codex abgekürzt wiedergaben (die drei letzten Bücher liefs man weg, weil nur das öffentliche Recht des byzantinischen Reichs enthaltend). Diese Auszüge (welche noch, nur mit wenigen Ergänzungen, in einer Handschrift von Pistoja aus dem 10. oder 11., von Paris aus dem 11., von Darmstadt aus dem 12. Jahrhundert vorliegen) sind dann seit dem Ausgang des

11. Jahrhunderts mehr und mehr wieder vervollständigt, und sodann seit dem Ende des 12. Jahrhunderts auch Handschriften der drei letzten Bücher geschrieben worden, jedoch so, dafs die ersten neun Bücher fortfuhren, den „Codex“ zu bilden, und die drei letzten Bücher (die „tres libri“) für sich überliefert wurden. Die griechischen Constitutionen, welche von den abendländischen Handschriften stets ausgelassen wurden („Graeca non leguntur“), sind erst in den Drucken des 16. Jahrhunderts aus kirchenrechtlichen und weltlichen Quellen des byzantinischen Reichs nachgetragen worden. Auch haben erst diese Drucke der humanistischen Epoche nach Möglichkeit die von den Handschriften sehr vernachlässigten Inscriptionen und Subscriptionen der Kaisererlasse wiederhergestellt.

Die Novellen waren im Abendland zunächst in einem Auszug verbreitet, welchen der Professor Julian in Constantinopel um 556 aus 125 Novellen Justinians hergestellt hatte (sogenannte epitome Juliani). Dann ist den Glossatoren eine Sammlung bekannt geworden, welche 134 Novellen Justinians teils im lateinischen Originaltext, teils (die griechischen Novellen, welche die Mehrzahl bilden) in lateinischer Übersetzung (daher ihre Bezeichnung als versio vulgata) vollständig enthielt, und welche höchst wahrscheinlich mit der amtlichen Novellensammlung identisch ist, die Justinian 554 für Italien anzufertigen befohlen hat (Zachariae v. Lingenthal in den Sitzungsber. der Berliner Akademie 1882). Diese Sammlung nannten die Glossatoren, im Gegensatz zu der epitome Juliani, die „echte Sammlung“, das Authenticum (liber authenticorum), und teilten die 97 von ihnen für brauchbar erachteten Novellen in neun Collationen mit 98 Titeln; Auszüge aus denselben schoben sie als „Authenticae“ an den betreffenden Stellen des Codex ein. Neben diesen abendländischen Sammlungen besitzen wir eine griechische Sammlung von 168 Novellen (jedoch nicht alle von Justinian), welche sämtliche Novellen in griechischer Sprache bringt.

Aus der geschilderten Gestaltung der Handschriften erklärt sich die Einrichtung der ältesten Ausgaben. Dieselben bringen das Corpus juris in seiner glossatorischen Gestalt: mit der Glosse und mit der Sonderung in fünf verschiedene Bücher, volumina: vol. 1 = Digestum vetus; vol. 2 = Digestum infortiatum; vol. 3 = Digestum novum; vol. 4 = Codex Buch 1—9; vol. 5 (auch volumen schlechtweg, oder volumen parvum genannt) = tres libri (Buch 10—12 des Codex) mit

Authenticum und Institutionen. Die heute uns geläufige Einteilung und Ordnung nach 4 Teilen (Institutionen, Digesten, Codex, Novellen) hat zuerst Gothofred in seiner unglossierten Gesamtausgabe (von 1583) befolgt, und zugleich hat er als der erste dem gesamten Werk den jetzt üblichen Gesamttitel Corpus juris civilis gegeben. Erst seit Gothofred erscheint das Corpus juris als das eine Buch, als welches wir es heute zu sehen gewohnt sind.

§ 7.

Grundbegriffe.

I. Begriff und System des Rechts[1]). Das Recht ist das machtverteilende ethische Gesetz des menschlichen Gemeinlebens. Durch das Recht bestimmen, begrenzen, verteilen sich die Machtverhältnisse innerhalb der menschlichen Gesellschaft nach Maſsgabe des in der menschlichen Gemeinschaft (zunächst in der Volksgemeinschaft) lebendigen Ideals der Gerechtigkeit, dessen letzte Quelle der Glaube an die göttliche Gerechtigkeit ist[2]). Es giebt zwei Arten von Machtverhältnissen: Macht über Sachen (und Sachwerte) einerseits, Macht über Personen (einen freien Willen) andererseits. Die Machtverhältnisse über die Welt der Sachgüter ordnet das Privatrecht (dessen Kern daher das Vermögensrecht darstellt): das Privatrecht handelt von der Herrschaft der Person über die Sache. Die persönlichen Machtverhältnisse dagegen, auf ideale Macht über den unsichtbaren und äuſserlich unerreichbaren Willen gerichtet, ordnet das öffentliche Recht: das öffentliche Recht handelt von der Herrschaft der Person über die Person. Dort (auf dem Gebiet des Privatrechts) fragt es sich um Herrschaftsrechte von Geldwert, hier (auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts) um Herrschaftsrechte von unschätz-

---

[1]) Vgl. A. Merkel, Juristische Encyklopädie (1885) S. 5 ff.

[2]) Daher die ursprüngliche Ununterschiedenheit von Rechtsgesetz und Sittengesetz. Erst allmählich wird von den Völkern die besondere Art des Rechtsgesetzes begriffen, als eines Gesetzes nämlich, welches nur eine unvollkommene menschliche Gerechtigkeit in bestimmten äuſseren Formen und nach bestimmten, äuſserlich gesetzten Normen, und nur im Dienst einer bestimmten äuſseren Ordnung der gegenseitigen Machtverhältnisse, verwirklicht, welches daher die sittliche Freiheit des einzelnen nicht hervorzubringen (wie das Sittengesetz), sondern nur zu ermöglichen bestimmt ist.

barem Wert. Dort erscheint das Rechtssubject als einzelnes, die Sachgüterwelt beherrschend, hier als Glied einer Gemeinschaft, welcher es zu dienen bestimmt ist, damit es zugleich ihre Wohlthaten geniefse. Die Rechte des Privatrechts haben ihrem Object gegenüber einseitig berechtigende, die Rechte des öffentlichen Rechts zugleich verpflichtende Wirkung für den Berechtigten. Den Gegensatz klar zu machen, diene das Eigentum an einer Sache einerseits, das Regierungsrecht des Staatsoberhauptes über seine Unterthanen andererseits.

In das Gebiet des öffentlichen Rechts gehören das Staatsrecht, das Völkerrecht, das Kirchenrecht, das Strafrecht, das Procefsrecht und das sogenannte reine Familienrecht (z. B. Eheschliefsungsrecht, Ehescheidungsrecht). Das Privatrecht wird von dem Vermögensrecht ausgefüllt, mit dessen Darstellung jedoch herkömmlich (und aus guten Gründen) die Darstellung eines Teils des Familienrechts verbunden zu werden pflegt (unten § 19).

L. 1 § 2 D. de just. et jure (1, 1) (Ulpian.): Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.

II. Entstehung des Rechts. Das Recht entsteht teils unbewufst aus den Überzeugungen und dem Leben der Nation heraus (Gewohnheitsrecht), teils durch einen bewufsten, formell willkürlichen Act der Staatsgewalt (Gesetzesrecht). Gesetzesrecht ist das Recht von Gewalt wegen (es gilt kraft eines Befehls der Staatsgewalt), Gewohnheitsrecht ist das Recht von Überzeugung wegen (es gilt, weil es, von der Überzeugung der Nation ausgegangen, durch spontane Übung sich durchgesetzt hat).

L. 32 § 1 D. de leg. (1, 3) (Julian.): Inveterata consuetudo pro lege non inmerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissimum etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

III. Die Geltung des Rechts. Seiner räumlichen Geltung nach ist das in Deutschland ausgebildete Recht entweder Particularrecht, d. h. das für einen Teil Deutschlands geltende Sonderrecht, oder gemeines deutsches Recht, d. h. für ganz Deutschland geltendes Recht[3]). Das gemeine Recht ist entweder subsidiäres gemeines Recht, d. h. es gilt nur in Ermangelung einer particularrechtlichen Bestimmung, oder es ist absolutes gemeines Recht (uniformes Recht), d. h. es duldet keine particularrechtlichen Abweichungen. Das ältere gemeine deutsche Recht (so das Pandektenrecht) hatte nur subsidiäre Geltung. Das neue gemeine Recht, wie es durch unsere heutige Reichsgesetzgebung erzeugt wird, nimmt dagegen absolute Geltung für sich in Anspruch.

Dem einzelnen gegenüber hat das Recht entweder dispositive oder absolute Geltung. Dispositives Recht ist solches Recht, dessen Anwendung durch den Privatwillen für den Einzelfall ausgeschlossen werden kann (z. B. der Rechtssatz, dafs der Verkäufer für heimliche Mängel der Sache haftet); absolutes Recht ist solches Recht, welches durch Privatwillen nicht ausgeschlossen werden kann (z. B. die Rechtssätze über die Wechselform, Testamentsform u. s. w.). Die Mehrzahl der Rechtssätze hat absolute Geltung. Für absolute Rechtssätze (auch für die absoluten Privatrechtssätze) kommt der Kunstausdruck jus publicum, jus commune vor.

L. 38 D. de pactis (2, 14) (Papinian.): Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.

L. 7 § 16 eod. (Ulpian.): Quoties pactum a jure communi remotum est, servari hoc non oportet.

IV. Recht im objectiven Sinn nennen wir die Rechtsnorm (den Rechtssatz), Recht im subjectiven Sinn die einzelne Rechtsbefugnis (z. B. das Forderungsrecht des Darlehnsgläubigers).

V. Strenges Recht (jus strictum) heifst das Recht, insofern es die Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzel-

---

[3]) Das Pandektenrecht heifst noch heute gemeines deutsches Recht, weil es früher für ganz Deutschland gegolten hat, obgleich es nur noch in den sogenannten Ländern des gemeinen Rechts gilt.

falls (z. B. daſs der Schuldner durch Betrug zu dem Geschäft veranlaſst war) nicht gestattet. Billiges Recht (jus aequum) heiſst das Recht, insofern es die Berücksichtigung solcher Umstände gestattet. Das billige Recht erscheint häufig in der Form des Ausnahmsrechts (jus singulare), also in der Form, daſs es für gewisse Fälle die Berücksichtigung der besonderen Umstände ausnahmsweise gestattet[4]). Sofern das Ausnahmsrecht gewissen Personenklassen zugute kommt, heiſst es ein Privilegium (im objectiven Sinn). Privileg im subjectiven Sinn ist das einer bestimmten Person durch lex specialis gewährte Sonderrecht.

L. 14 D. de leg. (1, 3) (PAULUS): Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.

§ 8.

Die Rechtswissenschaft.

Die Rechtswissenschaft hat eine praktische und eine ideale Aufgabe.

I. Die praktische Aufgabe der Rechtswissenschaft ist, das durch die Rechtsquellen (Gesetze, Gewohnheitsrecht) dargebotene Recht (den Rohstoff des Rechts) zur Anwendung geschickt zu machen. Die Rechtsquellen nämlich bieten immer nur ein unvollständiges, lückenhaftes Recht. Auch der weiseste Gesetzgeber vermag nicht alle Fälle vorherzusehen. Die Rechtswissenschaft verwandelt dies unvollständige, lückenhafte Recht der Rechtsquellen in ein vollständiges, lückenloses Recht: den Rohstoff in ein Kunstwerk. Zu diesem Zweck hat sie eine doppelte Thätigkeit zu entwickeln: einmal die Constatierung, sodann die Entfaltung der Rechtssätze.

Die Rechtswissenschaft constatiert die Rechtssätze, welche unmittelbar durch die Rechtsquellen dargeboten werden, durch das Mittel der Auslegung (Interpretation). Die Auslegung ist einerseits grammatische Auslegung, d. h. Auslegung des Wortlautes (des Buchstabens), andererseits logische Auslegung, d. h.

---

[4]) Über den Begriff des jus singulare vgl. Eisele in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 23 S. 119 ff.

Auslegung des Sinnes nach Zusammenhang, Ursprung, Absicht des Rechtssatzes. Die logische Auslegung muſs sich stets mit der grammatischen verbinden. Sie wird das Ergebnis einer bloſsen Buchstabeninterpretation vielfach berichtigen: bald über dieselbe hinausgehen (sog. extensive Interpretation), bald hinter derselben zurückbleiben (sog. restrictive Interpretation). Eine grammatische Interpretation, welche den Buchstaben des Gesetzes in Widerspruch mit dem Sinne des Gesetzes (der logischen Interpretation) geltend macht, ist ein Verfahren in fraudem legis.

L. 17 D. de leg. (1, 3) (Celsus): Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

L. 29 eod. (Paulus): Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit.

Auf die Constatierung des Rechtssatzes hat die Entfaltung seines Inhalts zu folgen. Die Entfaltung eines Rechtssatzes geschieht einmal durch Entwickelung seiner Consequenzen (der Rechtssatz schlieſst eine Reihe speciellerer Rechtssätze, eine Reihe von Untersätzen in sich), andererseits durch Entwickelung seiner Principien (der gegebene Rechtssatz folgt aus allgemeineren Rechtssätzen, hat bestimmte Obersätze zur Voraussetzung). Am wichtigsten ist dies letztere Verfahren: die Gewinnung von Obersätzen aus den gegebenen Rechtssätzen. Solche (gefundene) Obersätze schlieſsen dann in ihren Folgesätzen eine Reihe von anderen Rechtssätzen in sich, welche in den Rechtsquellen unmittelbar nicht enthalten waren. Also eine Bereicherung des Rechts, welche auf rein wissenschaftlichem Wege gewonnen wird. Die Herausstellung solcher neuen Rechtssätze mit Hilfe eines solchen auf inductivem Wege gefundenen Obersatzes nennt man analoge Anwendung des erstgegebenen Rechtssatzes, aus welchem jener Obersatz gefunden wurde. Consequenz ist also die Anwendung eines gegebenen Princips (Obersatzes), Analogie die Anwendung eines gefundenen Princips.

Das wissenschaftliche Verfahren, durch welches man Obersätze findet, die in den Rechtsquellen nicht unmittelbar enthalten sind, kann mit dem Verfahren der Chemie verglichen werden. Jhering

hat daher von einer juristischen „Scheidekunst" gesprochen[1]). Die Rechtswissenschaft zerlegt ein Rechtsverhältnis, welches durch Rechtssatz geregelt ist, in seine Elemente. Sie entdeckt, daſs in der ganzen, anscheinend unübersehbaren und unzählbaren Masse von Rechtsverhältnissen, welche das tägliche Leben stets neu hervorbringt, eine verhältnismäſsig kleine Zahl von Elementen enthalten ist, welche, nur in verschiedener Zusammensetzung, immer wiederkehren. Diese Elemente bilden gewissermaſsen das „Rechtsalphabet" (Jhering)[2]). So ist z. B. in allen Verträgen, im Kaufvertrag, Mietvertrag, Erbvertrag, Traditionsvertrag u. s. w., das eine Element: Vertrag, d. h. Consenserklärung, enthalten. Habe ich für den Kaufvertrag eine erschöpfende Reihe von Rechtssätzen, so habe ich notwendig auch Rechtssätze, welche sich auf dies Element des Kaufvertrags: die Erklärung eines übereinstimmenden Willens, beziehen. Diese Rechtssätze über das Element „Vertrag" (die also entscheiden: unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag zustande kommt, welche Wirkung der Irrtum, welche Wirkung eine beigefügte Bedingung oder sonstige Clausel hat u. s. w.) sind Obersätze, welche ich aus den Rechtssätzen über Kauf gewonnen habe, und welche eine zahllose Menge von weiteren Rechtssätzen in sich schlieſsen, welche mir auch über das Zustandekommen des Mietvertrags, des Erbvertrags, des Traditionsvertrags u. s. w. Aufschluſs zu geben imstande sind (sofern nicht andere Obersätze modificierend eingreifen). Die analoge Anwendung eines Rechtssatzes fällt also mit der Entdeckung der Elemente des Rechtsverhältnisses zusammen, und es bedeutet solche analoge Anwendung nicht (wie der Laie es sich vorzustellen pflegt) die Anwendung eines gegebenen Rechtssatzes auf ein ungefähr ähnliches Verhältnis (solche Analogie wäre vielmehr das Gegenteil von Jurisprudenz), sondern die Anwendung eines gegebenen Rechtssatzes auf genau das gleiche Verhältnis, sofern in einem anscheinend anderen Verhältnis das gleiche Element gefunden wird, welches durch den gegebenen Rechtssatz bereits seine Ordnung gefunden hatte.

---

[1]) v. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung 3. Teil 1. Abt. (2. Aufl. 1871) S. 11.

[2]) Geist des römischen Rechts 1. Teil (3. Aufl. 1873) S. 42.

Durch diese Mittel erreicht die Rechtswissenschaft die Vollständigkeit und Lückenlosigkeit des Rechts. Mit der Entdeckung der Elemente, welche in allen Rechtsverhältnissen wiederkehren, sind zugleich die Rechtssätze gefunden, welche allen Rechtsverhältnissen gerecht werden. Die Analogie operiert mit der Entdeckung jener Elemente, mit der Auflösung der Rechtsverhältnisse, die Consequenz mit dem praktischen Gebrauch jener Elemente, mit der Zusammensetzung der Rechtsverhältnisse. Die Fülle des Lebens empfängt nicht vom Gesetzgeber, sondern erst von der Wissenschaft ihr Gesetz.

II. Ihre praktische Aufgabe erfüllt die Rechtswissenschaft also durch den materiellen Gewinn an Rechtssätzen, ihre ideale Aufgabe dagegen durch die Form der Darstellung, welche sie den Rechtssätzen giebt. In der Fülle des Stoffes wollen wir den einheitlichen Gedanken: so wollen wir in der Fülle der Rechtssätze die alles beherrschende Idee. Dieses Bedürfnis des menschlichen Geistes nach Einheit zu befriedigen, ist die ideale Aufgabe der Jurisprudenz. Zu diesem Zweck vermeidet sie bei Darstellung der Rechtssätze die imperative Form, d. h. sie vermeidet es, die Rechtssätze einfach aufzuzählen. Sie handelt vielmehr von den Thatbeständen, an welche sich juristische Wirkungen anknüpfen, einerseits, von den Rechtswirkungen andererseits, um sowohl jene Thatbestände wie diese Wirkungen unter bestimmte Kategorien (d. h. Begriffe) zu bringen, welche sie definirt. So heifst es also z. B. in wissenschaftlicher Darstellung nicht: wenn Dir eine Sache auf Grund eines Kaufes übergeben worden ist, so hast Du das Recht, die Sache zu behalten, jeder Dritte soll sie Dir wieder herausgeben u. s. w. Es heifst vielmehr: 1. Das Eigentum ist das seinem Inhalt nach unbeschränkte Recht der Herrschaft über eine Sache (Eigentumsbegriff). 2. Das Eigentum wird erworben durch Tradition (Definition der Tradition), oder durch Occupation (Definition) oder durch Usucapion u. s. w. An die Stelle einer Menge von Rechtssätzen tritt formell eine Menge von Begriffen: Begriffe von Befugnissen, Begriffe von Thatbeständen. Diese Begriffe treten dann scheinbar die Herrschaft über die Rechtssätze an, während sie in Wirklichkeit aus diesen Rechtssätzen gewonnen und von denselben abhängig sind. Die Wissenschaft deduciert aus dem Begriff des Eigentums, aus dem Begriff der Tradition u. s. w.

die einzelnen positiven Rechtssätze, dieselben Rechtssätze nämlich, welche sie vorher in jene Begriffe hineingethan hat. Der Form nach verschwindet durch die Vorherrschaft des Begriffs die Positivität des Rechts, die Wissenschaft verfährt, als ob sie jene Rechtssätze aus gewissen allgemeinen Principien frei hervorbrächte. Gerade dadurch wird jenes Bedürfnis des menschlichen Geistes befriedigt, jenes Verlangen, welches die Herrschaft des Stoffes verabscheut.

Von den gewonnenen Begriffen begehren wir zu immer höheren Begriffen aufzusteigen. Daher ergiebt sich aus dem idealen Instincte der Rechtswissenschaft das Suchen nach dem Rechtssystem, d. h. nach einer Form der Darstellung, welche die ganze Masse des Rechts als die freie Entfaltung eines einzigen Begriffes, des Begriffes des Rechts, zur Anschauung bringt. Dann wird der Stoff verschwunden sein, und der Gedanke hat als Sieger das Feld behauptet.

Erster Teil.

Die
Stufen der römischen Rechtsentwickelung.

---

§ 9.

Einleitung.

Das römische Recht hat aus römischem Stadtrecht in das Weltrecht des römischen Reichs sich verwandelt. So ergeben sich zwei grofse Perioden der römischen Rechtsgeschichte: die Zeit des Stadtrechts (bis in das letzte Jahrhundert der Republik) und die Zeit des Weltrechts (die Kaiserzeit). Dort (zur Zeit des Stadtrechts) überwiegt das strenge, formale, national-römische (lateinische) Recht (jus civile), hier (zur Zeit des Weltrechts) ein billiges, formfreies, aus der Wechselwirkung römischen und hellenischen Wesens hervorgegangenes Recht (jus gentium).

Erstes Capitel.

Die Zeit des Stadtrechts.

§ 10.

Die zwölf Tafeln.

Das römische Stadtrecht heifst jus civile. Seine erste gröfsere Darstellung empfing es durch die Zwölftafelgesetzgebung (v. J. 303. 304 d. St., 451. 450 v. Chr.), mit welcher zugleich die geschichtlich beglaubigte Entwickelung des römischen Rechts anhebt, die, ununterbrochen voranschreitend, später im Corpus juris civilis endigte.

Das altrömische Recht, wie es in den zwölf Tafeln teils erscheint, teils vorausgesetzt wird, ist förmlich und streng.

Den Privatverkehr beherrschen zwei Rechtsgeschäfte: die mancipatio und das nexum.

Die mancipatio ist der feierliche Kauf[1]). Vor fünf Zeugen (cives Romani puberes) wird den Kaufpreis darstellendes ungemünztes Kupfermetall (aes, raudus, rauduseulum) durch einen gelernten Wägemeister (libripens) dem Verkäufer zugewogen und von dem Käufer mit solennen Worten an der gekauften Sache als an seinem Eigentum Besitz ergriffen.

GAJUS, Inst. I § 119: Est autem mancipatio . . . imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum jus proprium civium Romanorum est. Eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio ejusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.

Das Zuwägen des aes durch den libripens war vor den zwölf Tafeln die ernsthafte Zahlung des Kaufpreises, oder konnte es wenigstens sein (es gab noch kein gemünztes Geld). Die mancipatio war keine imaginaria venditio, sondern eine wirkliche venditio. Die Decemvirn aber führten das gemünzte Geld in Rom ein (Kupfergeld, das As; später, 269 v. Chr., folgte dem Kupfergeld das Silbergeld, der Denar). Der Formalismus der Mancipation blieb trotzdem unverändert. Es blieb der libripens, es blieb das Zuwägen, obgleich das Zuwägen von ungemünztem aes jetzt keine Zahlung mehr war. Das Ritual der mancipatio schloſs eine bloſse Scheinzahlung in sich. Die wirkliche Zahlung lag auſserhalb der Mancipation. Daher der Rechtssatz der zwölf Tafeln, daſs die Rechtskraft der Mancipation von wirklicher Zahlung (oder doch Sicherstellung) des Kaufpreises abhängig sei[2]). Die Mancipation blieb ein wirklicher Kauf und zwar grund-

[1]) Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht Bd. 1 (1876). Dazu Degenkolb in der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 20 S. 481 ff.

[2]) Vgl. § 41 I. de rer. div. (2, 1): Venditae vero et traditae (res) non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore vel pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum. — In der Vorlage, welche bei Abfassung dieser Institutionenstelle benutzt ist, stand sicher: venditae vero et mancipatae res. Erst durch die spätere Entwickelung ist dieser Rechtssatz

sätzlich ein Barkauf, ein engherziges, nur einem einzigen wirtschaftlichen Zweck dienstbares Rechtsgeschäft, mit unbeweglichen Formalitäten umkleidet. Der Mancipationskauf war die einzige giltige Form des Kaufgeschäfts, zugleich die einzige vom Civilrecht ausgebildete Form für die Veräufserung des Eigentums durch Privatrechtsgeschäft. Nur das entgeltliche Veräufserungsgeschäft war rechtlich giltig, und nur vor fünf Zeugen und mit dem libripens, und nur die Veräufserung der gegenwärtigen Sache, und nur die Veräufserung so vieler Sachen, als der Käufer auf einmal mit der Hand ergreifen (manucapieren) konnte. Sollte eine gröfsere Zahl von Sachen mancipiert werden, so mufste der ganze Ritus der Mancipation immer aufs neue wiederholt werden. Ein noch ungelenkes, seiner Entwickelung harrendes Verkehrsrecht!

Neben der Mancipation stand das nexum, das feierliche Darlehn. Vor fünf Zeugen wägt der libripens dem Darlehnsempfänger die entsprechende Menge Barrenmetall zu, und der Darlehnsgeber erklärt gleichzeitig mit solennen Worten, dafs der andere jetzt sein Schuldner sei (dare damnas esto). Dann ist der Empfänger zur Rückgabe verpflichtet. Er hat sich durch Selbstverpfändung dem Gläubiger direct mit seinem Leibe haftbar (nexus) gemacht, so dafs er dem bereits durch gerichtliches Urteil Verurteilten gleichsteht. Die Einführung des gemünzten Geldes bewirkt auch hier, dafs nur die Form des Darlehns in dem nexum selber vollzogen wird. Das wirkliche Darlehn liegt jetzt aufserhalb des nexum. Dennoch bleibt, wie bei der mancipatio, der materielle, nur einem bestimmten Zweck dienende Charakter des Geschäfts bewahrt. Durch das Mittel des nexum kann nicht jegliche Schuld, sondern nur eine Darlehnsschuld begründet werden[3]). Auch das Contractsrecht ist eng, arm, wie das ganze Leben der alten Zeit.

dann auch auf die venditae et traditae res übertragen worden, unten § 12. Ob wirklich schon die zwölf Tafeln der Zahlung des Preises die Sicherstellung desselben (durch vadimonium, unten § 67 Anm. 1) gleichsetzten, mufs dahin gestellt bleiben.

[3]) Dies folgt aus den Rechtssätzen über die nexiliberatio, unten § 76. Auch beim nexum mufs es daher, wie bei der mancipatio, ein Mittel gegeben haben, das materielle Geschäft im Ritual hervortreten zu lassen, so dafs der Schuldner nicht blofs durch die Form des nexum verpflichtet wurde, gerade wie der Käufer nicht blofs durch die Form der mancipatio Eigentum erwarb.

Die mancipatio ist Bargeschäft. Sie verpflichtet als solche den Käufer nicht zur Preiszahlung, sondern macht nur von der Preiszahlung den Übergang des Eigentums abhängig. Das nexum ist Creditgeschäft: seine Wirkung ist Verpflichtung des Darlehnsempfängers zur Rückzahlung. Hier folgt der Schuld die Schuldvollstreckung.

Die Schuldvollstreckung geht direct gegen die Person des Schuldners, mit unerbittlicher Strenge. Der Schuldner fällt in die Gewalt seines Gläubigers. Der mag ihn binden und in Ketten legen. Will niemand, trotz dreimaligen öffentlichen Aufgebots, ihn auslösen, so wird er (nach 60 Tagen) des Gläubigers Schuldknecht, auf dafs der Gläubiger ihn entweder verkaufe (aber trans Tiberim, ins Ausland, Etrurien) oder töte. Nehmen mehrere Gläubiger denselben Schuldner in Anspruch, so mögen sie von Rechts wegen seinen Leib teilen, und ein Versehen bei der Teilung soll ihren Rechten unschädlich sein.

XII tab. III 1 — 4: Aeris, confessi rebusque jure judicatis, XXX dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto. In jus ducito. Ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore, aut si volet majore vincito. Si volet, suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato, si volet plus dato. 6: Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerint, se fraude esto.

Der Strenge des Privatrechts entspricht die Strenge der Familiengewalt. In seinem Hause ist der paterfamilias souverän. Er übt die Gewalt über Leben und Freiheit seiner Hausangehörigen. Nicht das Recht, sondern nur die Sitte und die Religion setzen ihm eine äufsere Schranke.

§ 11.

Die interpretatio.

In den zwölf Tafeln hatte das altrömische Recht die ihm entsprechende Form der Darstellung gefunden: die Form des Volksgesetzes.

Auch in Rom war das Recht ursprünglich von gewohnheitsrechtlicher Entwickelung ausgegangen. Aber das Gewohnheits-

recht galt den Römern als eine mindere Art des Rechts. Die verhältnismäfsige Unfafsbarkeit, Formlosigkeit, Unbeweisbarkeit desselben stand mit dem römischen Formensinn in Widerspruch. Es gab gewohnheitsrechtliche Rechtssätze, welche, altererbt und durch das Rechtsleben klar ausgearbeitet, volle Rechtskraft (legis vicem) besafsen. Im allgemeinen aber hielt man dafür, dafs der rechtsprechende Magistrat an das blofse Gewohnheitsrecht nicht schlechtweg gebunden, dafs er berechtigt sei, dem Gewohnheitsrecht gegenüber sein Ermessen in gewissem Grade walten zu lassen. Anders aber mit der lex (publica), mit dem Rechtssatz, welcher durch feierliche Consenserklärung zwischen Magistrat und Bürgerschaft vereinbart war. Die lex war für den Magistrat unverbrüchliche Autorität.

Mit den zwölf Tafeln hatte das römische Recht zu einem erheblichen Teile die Form der lex angenommen[1]). Darin lag der Erfolg und das Volkstümliche der decemviralen Gesetzgebung: das Recht war, jedenfalls soweit es codificiert war, der Willkür des rechtsprechenden Magistrats entrückt.

L. 2 § 1 D. de orig. juris (1, 2) (Pomponius): Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit omniaque manu a rege gubernabantur.

Tacitus, Annal. III 27: compositae duodecim tabulae, finis aequi juris.

---

[1]) Schon in der Königszeit waren Einzelgesetze gegeben worden; so werden z. B. dem Servius Tullius Gesetze über Contracte und Delicte zugeschrieben. Die leges regiae aber, welche in dem sogenannten jus civile Papirianum (wahrscheinlich eine Privatarbeit vom Ende der Republik) eine Zusammenstellung erfuhren — Bestimmungen wesentlich sacraler (religiös-sittlicher) Natur enthaltend, welche noch die ursprüngliche enge Beziehung zwischen Recht und Religion deutlich erkennen lassen und sachlich meistens höchst wahrscheinlich wirklich in die Königszeit zurückgehen —, führen ihren Namen wahrscheinlich lediglich daher, dafs diese Ordnungen dem unmittelbaren Schutz der Könige unterstellt waren. Gerade so führten altattische Cultusordnungen den Namen „königliche Gesetze" lediglich, weil ihre Handhabung dem Archon-König oblag, vgl. R. Schöll in den Sitzungsber. d. bayer. Akad. d. Wiss. 1886 S. 88. 89. — Bruns, Fontes S. 1 ff.; Mommsen, Römisches Staatsrecht Bd. 2 (2. Aufl. 1877) S. 41—44; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte Bd. 1 (1885) S. 106; Voigt, Die leges regiae (1876).

Nach Vollendung der zwölf Tafeln war die Kraft der nächsten drei Jahrhunderte auf die volle Entfaltung ihres Inhalts gerichtet. Auf dem Gebiete des Privatrechts griff die Volksgesetzgebung der Republik nur ausnahmsweise ein. In der Hauptsache ward die Klarstellung und zugleich die Fortbildung des Zwölftafelrechts dem Rechtsleben selbst überlassen. Auf die Epoche der Gesetzgebung folgte die Epoche der interpretatio.

Es galt, das neue Recht, welches der Verkehr forderte, als schon in den zwölf Tafeln enthalten und durch die Gesetzeskraft derselben gedeckt darzustellen. Eine formale Beseitigung des Zwölftafelrechts (als lex) durch abweichendes Gewohnheitsrecht wäre dem Römer damals undenkbar erschienen. Bis zum Ausgang der römischen Rechtsentwickelung, bis zum Corpus juris civilis von Justinian, also ein ganzes Jahrtausend lang, als zuletzt schon längst von dem ganzen Zwölftafelrecht kein Stein mehr auf dem andern stand, galt in der Theorie noch immer die Rechtskraft der zwölf Tafeln als der Quelle des gesamten römischen Rechts. So entsprach es dem conservativen, in allen rechtlichen Dingen höchst vorsichtigen Sinne der Römer. Kein Buchstabe der zwölf Tafeln sollte geändert werden, und doch galt es in den alten Buchstaben den neuen Geist hineinzulegen. Es handelte sich nach Vollendung der Zwölftafelgesetzgebung um eine „interpretatio", welche das Recht fortentwickelte, ja änderte, indem sie den Buchstaben des Gesetzes unberührt liefs.

Die Träger dieser interpretatio, welche die letzten Jahrhunderte der Republik ausfüllte, zugleich damit die Träger dieser ersten Entfaltung des jus civile, waren anfänglich die pontifices. Mit ihren sonstigen wissenschaftlichen Kenntnissen, insbesondere mit ihrer Kenntnis der Königssatzungen, deren Kunde zu bewahren für ihre besondere Berufspflicht galt, hing ihr Amt zusammen, dem richtenden Magistrat bei seiner Rechtsprechung, der vertragschliefsenden oder procefsführenden Partei bei ihren Handlungen mit juristischem Beirat zur Seite zu stehen (vgl. unten § 15). So gelangten sie in die Herrschaft über die „Auslegung" des geltenden Rechts, zugleich über die Fortbildung des Civilrechts.

Auf dem Wege solcher interpretatio entfaltete sich jetzt die in jure cessio, d. h. eine neue Form der Rechtszuwendung durch Scheinprocefs vor dem Magistrat, deren Anfänge wahrschein-

lich in die Zeit vor den zwölf Tafeln zurückreichen, deren volle Entwickelung aber erst der Zeit nach den zwölf Tafeln angehört. Nach Zwölftafelrecht bedurfte es über den, welcher sofort vor dem Magistrat, „in jure“, ein Bekenntnis des gegnerischen Rechts ablegte, keines Urteils mehr: er war bereits verurteilt (confessus pro judicato est)[2]. Das Geständnis vor dem Magistrat hatte die Kraft des Urteils, so dafs daher im Falle einer Eigentumsklage der Magistrat sofort zur addictio, zum Zuspruch der Sache an den Kläger schreiten konnte. Hatte jemand also vor dem Magistrat zugestanden, dafs sein Procefsgegner Eigentümer sei, so ging er seines Eigentums, falls er es bis dahin hatte, verlustig. Was folgte daraus? Sollte das Eigentum an einer Sache aus irgend einem Rechtsgrunde veräufsert werden, so war das Mittel gegeben, dafs beide Teile vor den Magistrat gingen: der Erwerber behauptete Eigentum, der Veräufserer gestand es ihm zu, worauf dann der Zuspruch des Magistrats (addictio) zu Gunsten des Erwerbers erfolgte. Damit hatte der Veräufserer sein Eigentum verloren, der Erwerber es erworben. Aus einem processualischen Rechtssatz (confessus pro judicato est) war ein neues Privatrechtsgeschäft entwickelt worden, dessen Geltung auf die zwölf Tafeln gestützt werden konnte: das Rechtsgeschäft der Eigentumsüber-

[2]) Dafs der Satz: confessus pro judicato est (l. 1 D. 42, 2) in irgend welcher Form (mittelbar oder unmittelbar) in den zwölf Tafeln vorkam, wird durch die Äufserung des Juristen Paulus (Vat. fr. 50) wahrscheinlich: et mancipationem et in jure cessionem lex XII tab. confirmat. — Den Ausgangspunkt bildete höchst wahrscheinlich nicht der Schein-Eigentumsprocefs, sondern der Schein-Statusprocefs (zum Zweck der Freilassung), welcher nach Livius II 5 im Beginn der Republik, also nicht lange vor den zwölf Tafeln aufgekommen wäre (die älteste Zeit hatte kein Rechtsgeschäft der Freilassung gekannt; so ward die in jure cessio erfunden, um die Freilassung zu ermöglichen, und zwar, wie Livius berichtet, zu Gunsten des Sklaven, welcher die Verschwörung der Söhne des Brutus entdeckte). Das Urteil im Statusprocefs hatte aber Rechtskraft auch gegen Dritte, — ein Satz, der vielleicht ursprünglich überhaupt von dem über die Eigentumsfrage entscheidenden Urteil im Vindicationsprocefs (der pronuntiatio, rem actoris esse, bezw. non esse) galt. Daher die Rechtskraft der in jure cessio auch Dritten gegenüber. Anders Demelius, Die confessio im römischen Civilprocefs (1880) S. 98 ff. Nicht in der confessio des Veräufserers, sondern in der solennen vindicatio des Erwerbers findet das „rechtskräftige Urteil“ Aug. Schultze, Privatrecht und Procefs in ihrer Wechselbeziehung (1883) S. 459 ff. 477 ff.

tragung durch Scheinvindication (in jure cessio). Mit demselben Mittel konnte auch z. B. die Begründung der väterlichen Gewalt (Scheinvindication in patriam potestatem), die Freilassung eines Sklaven (Scheinvindication in libertatem) bewirkt werden. Eine ganze Menge von neuen Rechtsgeschäften trat durch das Mittel der in jure cessio in das römische Rechtsleben ein[3]).

In ähnlicher Weise ward mit Hilfe eines Strafrechtssatzes der zwölf Tafeln ein anderes Rechtsgeschäft ausgebildet, die Emancipation des Haussohnes. Es hiefs in den zwölf Tafeln, dafs der Vater, welcher seinen Sohn dreimal in die Knechtschaft verkauft habe, zur Strafe seine väterliche Gewalt verlieren solle.

XII tab. IV 2: Si pater filium ter venumduuit, filius a patre liber esto.

Diesen Rechtssatz machte man sich zunutze. Scheines halber verkaufte der Vater dreimal seinen Sohn einem andern in die

---

[3]) Die in jure cessio ward angewandt: 1) zum Zweck der Freilassung (manumissio vindicta, unten § 21); 2) zum Zweck der Emancipation (§ 89); 3) zum Zweck der Adoption (§ 87); 4) zum Zweck der Übertragung der tutela legitima mulierum (§ 90 Anm. 2); 5) zum Zweck der Übertragung des Erbrechts (aber nur der hereditas legitima, § 96 Anm. 2); 6) zum Zweck der Eigentumsübertragung, und zwar sowohl an res nec mancipi wie an res mancipi (§ 49); 7) zum Zweck der Servitutenbestellung, und zwar für alle Servituten, während durch mancipatio nur Rusticalservituten bestellt werden konnten (§ 56 IV). In allen Fällen ward das Mittel der Scheinvindication (der Freiheit, der väterlichen Gewalt, der Tutel, des Erbrechts, des Sacheigentums, der Servitut) zu Gunsten des Erwerbers, mit nachfolgender confessio in jure seitens des Veräufserers und demgemäfsem Zuspruch (dictio, addictio) seitens des Magistrats gebraucht. Die Fälle 2. 3. 7 können mit Sicherheit der Zeit nach den zwölf Tafeln zugewiesen werden, ebenso die Fälle 4. 5, da ihr Anwendungsgebiet (nur die tutela legitima mulierum, nur die hereditas legitima kann durch in jure cessio übertragen werden) nach Mafsgabe der zwölf Tafeln bestimmt ist. Nur der Fall Nr. 1 gehört wahrscheinlich schon der Zeit vor den zwölf Tafeln an (oben Anm. 2), dürfte aber gleichfalls zweifellose Gemeingiltigkeit erst durch die auf die zwölf Tafeln gestützte interpretatio gewonnen haben. Auch ist zu beachten, dafs nur die tutela legitima mulierum durch in jure cessio übertragbar ist, dafs also zur Zeit des Aufkommens der in jure cessio die tutela impuberum bereits als officium und deshalb als unübertragbar galt, während die tutela mulierum ihren Charakter als Gewalt im Interesse des (agnatischen) Vormundes bewahrte und daher als übertragbar erscheinen konnte. Sowohl die Anwendungsfälle wie die Beschränkungen der in jure cessio deuten auf ihren nicht allzu frühen Ursprung.

Knechtschaft, der ihn dann jedesmal wieder freiliefs (durch das Mittel der in jure cessio). Damit hatte man die Emancipation, die Entlassung des Haussohnes aus der väterlichen Gewalt erreicht, denn die Voraussetzung des Zwölftafelgesetzes war erfüllt: der Sohn war vom Vater dreimal in die Knechtschaft verkauft worden; so war der Sohn jetzt frei von der väterlichen Gewalt. Mit Hilfe des gleichen Rechtssatzes ist die datio in adoptionem ausgebildet worden (§ 87).

Am wichtigsten aber war die Umgestaltung, welche die mancipatio durch die jetzt beginnende Entwickelung erfuhr. Es hiefs in den zwölf Tafeln:

XII tab. IV 2: Cum nexum faciet mancipiumque[4], uti lingua nuncupassit, ita jus esto.

Das gesprochene solenne Wort (die nuncupatio) bestimmte die Wirkung des formalen Rechtsactes. Mit Hilfe dieses Rechtssatzes ward die Natur der mancipatio verändert. Nach den zwölf Tafeln sollte die mancipatio ein wirkliches Kaufgeschäft sein. Der in der Mancipation benannte Kaufpreis mufste reell ausgezahlt werden, wenn die Mancipation giltig sein sollte. Es stand aber bei den Parteien, in der Mancipationshandlung nicht den wirklichen Kaufpreis, sondern einen blofsen Scheinpreis zu benennen, dessen Zahlung dann genügte, um die Veräufserungswirkung der Mancipation herbeizuführen. Das ist späterhin geschehen. Es ging daraus die mancipatio sestertio nummo uno hervor. In der Mancipation ward erklärt, dafs die Sache für „einen Sesterz" verkauft werde. War der Sesterz gezahlt[5]), so ging laut den zwölf Tafeln das Eigentum an der Sache auf den Erwerber über. Als mancipatio sestertio nummo uno war die Mancipation zu einem Scheinkauf (imaginaria venditio) geworden[6]).

[4]) Mancipium heifst hier die Mancipation.

[5]) Es genügte also nicht, dafs das aes (raudusculum), welches zum Ritual der mancipatio gehörte, gegeben wurde. Es mufste aufserdem der Bestimmung der zwölf Tafeln von der Notwendigkeit der Kaufpreiszahlung durch Leistung des nummus unus entsprochen werden. Dem Wortlaut der zwölf Tafeln war genügt, dem Willen derselben zweifellos nicht. Aber das war gerade die Art dieser interpretatio: gestützt auf die Buchstabeninterpretation ein neues Recht zu schaffen.

[6]) Auch im Fall des Ernstkaufes konnte die mancipatio nummo uno gebraucht werden. Das hatte zwei Vorteile. Einmal zu Gunsten des Käufers:

Die Mancipation war damit das Mittel für die Eigentumsübertragung als solche geworden, gleichgut aus welchem Rechtsgrunde sie erfolgte. Jetzt konnte durch mancipatio auch geschenkt werden. Jetzt ward, was noch wichtiger war, die mancipatio fiduciae causa möglich, die sogenannte fiducia, d. h. die clausulierte Mancipation, welche den verschiedensten wirtschaftlichen Zwecken zu dienen imstande war. An Stelle der engherzigen, gebundenen war eine innerlich befreite, in ihren Zwecken ungebundene Mancipation getreten.

Fiducia ist die Treuhänder-Clausel, durch welche der Mancipationserwerber zum Wiederaufgeben des empfangenen Eigentums, insbesondere unter gewissen Umständen zur Rückmancipation der Sache sich verpflichtet.

Es sollte also z. B. dem Gläubiger ein Pfand gegeben werden. Ein Verpfändungsgeschäft (Hypothek) in unserem Sinne kannte das altrömische Civilrecht nicht. Aber die Mancipation neueren Stils konnte zu diesem Zwecke gebraucht werden. Der Schuldner mancipierte dem Gläubiger eine Sache „um einen Sesterz“, übertrug sie ihm also zu Eigentum durch bloſsen Scheinkauf, aber nur „zu treuen Handen“ (fidei, fiduciae causa); es ward nämlich ausgemacht, daſs nach geschehener Bezahlung der Schuld die Sache vom Gläubiger zurück zu geben (zurück zu mancipieren) sei. Dann hatte der Gläubiger seine Sicherheit; er hatte inzwischen das Eigentum an der Pfandsache. Der Schuldner aber hatte, sobald die Schuld von ihm getilgt war, sein Rückforderungsrecht (aus der Clausel, fiducia). Auf dieselbe Weise konnten noch andere Verträge abgeschlossen werden: wie die eben geschilderte Verpfändung (fiducia cum creditore contracta), gerade so konnte ein De-

---

um den Eigentumsübergang zu bewirken, genügte es, daſs der eine Sesterz gezahlt war; der Rechtssatz der zwölf Tafeln, daſs der Kaufpreis gezahlt sein müsse, war umgangen. Zum andern zu Gunsten des Verkäufers: falls nämlich die mancipierte Sache dem Erwerber von einem besser berechtigten Dritten abgestritten wurde (der Mancipant war also z. B. nicht der wahre Eigentümer der Sache gewesen), so hatte der Mancipationserwerber nach Zwölftafelrecht gegen den Mancipanten die Gewährschaftsklage (actio auctoritatis) auf das doppelte des in der mancipatio feierlich genannten („nuncupierten“) Kaufpreises, bei der mancipatio nummo uno also nur auf zwei Sesterzen, d. h. auf nichts. Die mancipatio nummo uno war also auch das Mittel, um trotz des Zwölftafelsatzes die actio auctoritatis dennoch auszuschlieſsen.

positum (Hingabe zur Aufbewahrung), Mandat (der Auftrag, z. B. dafs die Sache verkauft oder einem Dritten gegeben, oder dafs der Sklave freigelassen werde), Commodat (Gebrauchsleihe) durch das Mittel der fiducia (sog. fiducia cum amico contracta) in civilrechtlicher Form zustande gebracht werden, indem also der Deponent den Depositar (der Mandant den Mandatar, der Commodant den Commodatar) formell zum Eigentümer machte, aber nur fiduciae causa, nur als Treuhänder, d. h. nur formell, mit Gebundenheit an die der mancipatio zu Grunde liegende Abrede.

Es stand nichts im Wege, die Clausel, dafs lediglich Treuhänder-Eigentum übertragen werde, in die Mancipationsformel (nuncupatio) aufzunehmen [7]). Dann war das Dasein einer Treuverpflichtung durch den feierlichen Act selber klargestellt. Aber es war unmöglich, die ganze Abrede der Nuncupationsformel einzuverleiben. Über den Inhalt der Treuverpflichtung gab die Mancipation keine Auskunft, sondern lediglich das nebenher geschlossene formlose pactum conventum. Aus einem formlosen pactum ist aber nach altrömischem Recht keine Klage möglich. Kann nun aus dem pactum fiduciae geklagt werden, oder nicht? Die Antwort, welche die alte Jurisprudenz hier gegeben hat, war diese: das pactum conventum ist als solches nicht klagbar, darum kann auf das im pactum Versprochene als solches nicht geklagt werden. Aber — die Verbindlichkeit, in „guten Treuen“ mit der Sache zu verfahren, ist klagbar, steht sie doch, als durch die feierliche Mancipation verlautbart, unter dem Schutz des Zwölftafelsatzes: uti lingua nuncupassit, ita jus esto. Es ward eine actio fiduciae gegeben, aber nicht genau auf das, was im pactum zugesagt worden war (denn dies pactum war nicht „nuncupiert“ worden), wohl aber auf das, was nach Mafsgabe der vorliegenden Umstände (zu denen aber natürlich auch, und zwar an erster Stelle,

---

[7]) Dafs dies geschah, zeigt die Inschrift Corp. inscr. lat. Bd. 2 Nr. 5402: D. . . fundum B. . . nummo I fidi fiduciae causa mancipio accepit. Vgl. dazu Degenkolb in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 9 S. 172. 174; Voigt, Die zwölf Tafeln (1883) Bd. 2 S. 166 ff. Die Clausel fidi fiduciae causa bildete einen Bestandteil des Mancipationsactes. Das Abkommen aber, welches die Treuverpflichtung präcisierte, folgt in der Inschrift als selbständiges „pactum comventum“ der Mancipationsbekundung nach, stand also aufserhalb der Mancipation.

das pactum conventum gehörte) von dem Mancipationserwerber als einem getreuen und anständigen Manne gefordert werden konnte. Der Richter hatte zu untersuchen, nicht, ob der Verklagte genau das gethan habe, was das pactum bestimmt hatte (denn das pactum war und blieb, weil formlos, seinem Wortlaut nach unverbindlich), wohl aber, ob der Verklagte sich so verhalten habe, „ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione" [8]). Weil das pactum conventum aufserhalb der feierlichen mancipatio stand, ging aus der fiducia [9]) keine actio stricti juris (mit genau begrenztem Inhalt), sodern eine sogenannte actio bonae fidei hervor, d. h. eine Klage, bei welcher über den Inhalt der Verbindlichkeit in ziemlich weiten Grenzen freies richterliches Ermessen zu entscheiden hatte [10]). In der fiducia ward zum erstenmal ein Vertrag anerkannt, welcher nicht gleich den überlieferten alten Rechtsgeschäften buchstäblich, streng und wörtlich, sondern nach Mafsgabe der Umstände und nach Mafsgabe des Ermessens eines bonus vir verpflichtete, ein Vertrag, welcher das Dasein einer Verbindlichkeit aufser Zweifel stellte, aber nicht bestimmt

---

[8]) Sprach der Richter den Verklagten schuldig, so war erkannt, nicht so sehr, dafs Verklagter eine Schuldverbindlichkeit nicht erfüllt, als vielmehr, dafs er nicht wie ein Ehrenmann gehandelt habe. Die Verurteilung aus der fiducia machte daher infam (vgl. § 25). Vgl. dazu v. Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867) S. 29 ff., und unten Anm. 10.

[9]) Im Gegensatz zu anderen Nebenberedungen der Mancipation, welche durch die nuncupatio voll gedeckt waren, wie z. B. die dem familiae emtor gemachten Auflagen beim Mancipationstestament, unten § 99.

[10]) Die actio fiduciae war eine actio in factum concepta, vgl. Lenel in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung, roman. Abth. Bd. 3 S. 112. Dafs daraus jedoch nichts in Bezug auf späteren Ursprung der Klage folgt, hat Lenel (Das Edictum perpetuum, 1883, S. 234) bereits selbst bemerkt. Vielmehr deutet der hervorgehobene Umstand darauf, dafs die Klage in alter Zeit im Wege der legis actio per judicis postulationem (unten § 83 II) verhandelt wurde, vgl. Voigt a. O. S. 475 ff. — Auch die anderen actiones bonae fidei scheinen später zuerst als actiones in factum conceptae aufgekommen zu sein. Weil das (unfeierliche) Versprechen ursprünglich nur moralische Wirkung hatte, ward nicht aus einem Forderungsrecht, welches nicht erfüllt worden wäre, sondern aus einem Thatbestand, welcher das Verhalten des Beklagten als unrechtmäfsig erscheinen liefs, geklagt. Daher die Verwandtschaft der actio bonae fidei in ihrer ältesten Form mit der Delictsklage, vgl. oben Anm. 8 und die daselbst citierte Ausführung von Jhering.

noch fähig war, den Inhalt derselben in die Fesseln des Worts zu schlagen.

Aus der Mancipation, dem alten solennen, strengen Kaufgeschäft (Bargeschäft), war mit Hilfe der Interpretation des Zwölftafelrechts ein doppeltes hervorgegangen:

1) ein solennes Mittel der Eigentumsübertragung zu irgend welchem Zweck;

2) eine ganze Reihe von Creditgeschäften, nämlich von negotia bona fidei (die Fälle der fiducia), welche re, d. h. durch Leistung, nämlich durch Mancipation (sestertio nummo uno), abgeschlossen wurden[11]).

Mit dem nexum hat eine ähnliche Fortentwickelung nicht stattgefunden. Es ist ein Darlehnsgeschäft geblieben und machte in dieser Eigenschaft später dem formlosen Darlehn, dem mutuum, Platz (vgl. § 12), welches nur noch durch seine Eigenschaft als negotium stricti juris (unten § 63. 66) an die einstige strenge Natur des solennen Darlehnsgeschäfts erinnerte. Die Rolle, ein streng einseitiges Schuldverhältnis aus irgend welchem Rechtsgrunde durch formales Versprechen des Schuldners zu begründen, fiel der stipulatio (unten § 67) zu, welche aus der ur-

---

[11]) Nach Vorbild der mancipatio fiduciae causa ist dann auch eine in jure cessio und coëmtio (§ 79) fiduciae causa aufgekommen. Wie bei der mancipatio (Anm. 7) erklärte auch bei der in jure cessio der Scheinvindicant, dafs er nur fiduciae causa Eigentümer sei (die Vindication ward also, wie in anderen Fällen, adjecta causa angestellt), vgl. Voigt a. O. S. 172. Immer ward feierlich constatiert, dafs nur formell Eigentum, oder (bei der coëmtio) die eheherrliche Gewalt übergehe. Der extraneus, mit welchem eine Frau nur fiduciae causa (um z. B. von ihrem Vormund sich zu befreien, § 91 Anm. 2) die coëmtio, also formell die Ehe geschlossen hatte, war und hiefs nicht ihr maritus, sondern ihr „coëmtionator", noch hatte er Gewalt oder Rechte eines Ehemanns (Gajus I § 115). Die fiduciarische Clausel hatte nicht blofs verpflichtende, sondern dingliche Wirkung. Es war ein anderes Eigentum, das Treuhänder-Eigentum, als das normale Eigentum. Daher die Möglichkeit der usureceptio ex fiducia, d. h. der Rückgewinnung des Eigentums seitens des Veräufserers durch Ersitzung ohne bona fides (Gajus II § 59. 60), und eben daher die Möglichkeit, den Anspruch des Erwerbers bei mancipatio und in jure cessio auf blofs fiduciarisches Eigentum zu stellen. — Durch formlose traditio konnte dagegen keine fiducia geschlossen werden, vgl. unten § 56 die Anm. über deductio servitutis.

alten sponsio hervorging und darin mit dem nexum übereinkam, dafs sie ursprünglich gleichfalls eine (wenngleich nur durch die Götter zu vollziehende) Art der Selbsverpfändung darstellte[12]). Wie mit der mancipatio fiduciae causa die Grundlage für die späteren negotia bonae fidei, so war mit dem nexum Grundlage und Vorbild für die negotia stricti juris (die streng einseitig obligierenden, das Ermessen des Richters ausschliefsenden) Rechtsgeschäfte gegeben.

§ 12.

Die Anfänge des jus gentium.

Selbstverständlich gab es in Rom von jeher neben den feierlichen, mit der Rechtskraft des jus civile ausgestatteten Rechtsgeschäften auch zahllose Verkehrsgeschäfte, welche ohne jegliche Form abgewickelt wurden. Es verstand sich von selbst, dafs unzählige Käufe einfach durch Hin- und Hergeben von Ware und Preis, auch gewifs häufig Darlehen durch einfache Hingabe der Geldsumme geschlossen wurden u. s. w. Es gab einen formlosen Kauf, eine formlose Tradition (Übergabe der Ware zum Zweck des Eigentumsübergangs), ein formloses Darlehn und dergleichen mehr. Aber alle diese formlosen Vorgänge entbehrten nach altrömischem Recht der Rechtskraft. Es war ein Geschäft, aber kein Rechtsgeschäft, welches durch formlosen Kauf zustande

---

[12]) Sponsio hiefs ursprünglich der durch Weinspende, d. h. durch Selbstverwünschung geschlossene Vertrag: wie dieser Wein, so soll das Blut dessen durch göttliche Strafe vergossen werden, welcher zuerst den Vertrag bricht. Vgl. Leist, Gräco-italische Rechtsgeschichte (1884) S. 457 ff. Aus der ursprünglich lediglich moralischen (sacralen) Verbindlichkeit eines solchen (dem Eidschwur nahe verwandten) Versprechens ist dann später die rechtliche Verbindlichkeit hervorgegangen, vgl. § 67. Die Idee der Verpfändung der eignen moralischen Persönlichkeit ist noch erkennbar, wenn Cicero das spondere, promittere als obligare fidem bezeichnet, vgl. A. Pernice, Labeo Bd. 1 (1873) S. 408. Das deutsche Recht bestätigt, dafs die ältesten Vertragsformen durchweg aus Pfandsetzung (obligatio), sei es der eignen Persönlichkeit, sei es nur von Vermögensstücken, hervorgegangen sind, vgl. z. B. J. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz Bd. 1 (1883) S. 52 ff.; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. 1 (1885) S. 104.

kam. Hatte der Verkäufer eine fremde Sache verkauft und tradiert, welche dem Käufer dann von ihrem wahren Eigentümer abgenommen wurde, so stand dem Käufer keine Klage gegen seinen Käufer zu. Das ganze Verhältnis war rein thatsächlicher Natur, etwa wie noch heute der Handelsverkehr mit wilden Völkern: da wird getauscht und verkauft, aber Rechtsverhältnisse, klagbare Befugnisse kommen nicht zustande.

Es lag jedoch ein Moment vor, welches den formlosen Geschäften zu rechtlicher Giltigkeit verhelfen mufste. Dies Moment war der Verkehr der Ausländer, sofern er sich in Rom bewegte. Der Fremde, der Nichtbürger, war von der Vornahme der solennen Rechtsgeschäfte des altrömischen Rechts geradezu ausgeschlossen. Die mancipatio und ebenso das nexum waren ungiltig, wenn einer der Beteiligten, sei es auch nur einer der Zeugen, nicht römischer Bürger war. Hätte der fremde Kaufmann also auch in Rom die Formen der mancipatio beobachten wollen, es hätte ihm nichts genützt, denn die mancipatio wäre trotzdem nichtig gewesen. Der Verkehr der Fremden in Rom, also auch der Verkehr der Fremden mit römischen Bürgern war zu allen Zeiten auf jene formlosen Rechtsgeschäfte angewiesen. Es gab keine anderen Rechtsgeschäfte für sie. Und wäre es möglich gewesen, diesen Rechtsgeschäften der fremden Handelsleute auf die Dauer die Rechtsgiltigkeit zu versagen? Es war nötig, nicht blofs (was sich von selbst verstand), dafs diese formlosen Geschäfte giltig waren, wenn Fremde unter einander paciscierit hatten, sondern dafs sie auch giltig waren, wenn der Fremde mit einem römischen Bürger ein solches Geschäft einging. Ja, da auch unter den römischen Bürgern selbst tagtäglich Geschäfte dieser Art ohne Form eingegangen wurden, so ergab sich von selbst, dafs die Entwickelung zur rechtlichen Anerkennung derselben sowohl für Bürger wie für Nichtbürger drängte.

So setzte sich durch, dafs auch die formlose Tradition ein rechtsgiltiger Eigentumserwerbsgrund (an res nec mancipi) sei, wenigstens sofern sie auf Grund eines Kaufgeschäftes erfolgte, und soferne der Kaufpreis vom Käufer wirklich gezahlt war. Der Rechtssatz der zwölf Tafeln von der Notwendigkeit der Preiszahlung für den Eigentumserwerb des Käufers (der Preiszahlung ward die Creditierung des Preises gleichgestellt) wurde auch auf

den Erwerb durch Tradition bezogen[1]). Die Eigentum übertragende Kraft der Kauftradition ist dann auf die Tradition überhaupt erstreckt worden, soferne ein Rechtsgeschäft geschlossen war, welches die Absicht der Eigentumsübertragung aufser Zweifel stellte. Die Rechtsnotwendigkeit der feierlichen Mancipation beschränkte sich auf bestimmte Classen von Sachen, die sogenannten res mancipi (unten § 49), für welche wahrscheinlich von altersher der Gebrauch der Mancipation thatsächlich vorwiegend in Übung war. Es waren die Sachen, welche den eigentlichen Grundstock des bäuerlichen Vermögens bildeten: das Grundstück (fundus Italicus) und sein lebendiges Inventar (Sklaven und Zug- und Lasttiere). Für alle übrigen Sachen (Geld, Kleidungsstücke, Gerätschaften u. s. w., die sogenannten res nec mancipi, nicht zum dauernden Besitz, sondern zum Verkehr bestimmt) genügte es zum Eigentumserwerb, wenn sie einfach übergeben (tradiert) wurden.

Wie die formlose Tradition, so hat in der ferneren Entwickelung der formlose Kauf, das formlose Darlehen u. s. w. Rechtsgiltigkeit empfangen.

Der Weltverkehr trat mit seinen Anforderungen den altväterischen Formen des römischen jus civile gegenüber. Schon hatte er gegen das Ende der Republik in der Anerkennung einer Reihe von formlosen Rechtsgeschäften einen ersten Erfolg davongetragen, einen Erfolg, welcher bereits die ganze Folgezeit in sich schlofs. Mit dem Ausgang der republikanischen Epoche beginnt die Umwandlung des römischen Stadtrechts in das Weltrecht der Zukunft.

Zweites Capitel.

Die Zeit des Weltrechts.

(Die Kaiserzeit.)

§ 13.

Jus civile und jus gentium.

Jus civile ist Stadtrecht. An seine Stelle sollte das jus gentium (Weltrecht) treten.

---

[1]) Vgl. § 41 I. de rer. div. (2, 1), oben S. 26 Anm. 2.

Schon hatte das römische Stadtrecht eine Reihe von Rechtsgeschäften aufgenommen, deren gemeinsamer Charakterzug die Formlosigkeit, die leichte Handhabung, die freie Beweglichkeit war (§ 12).

Die Römer selber machten die Wahrnehmung, dafs ihr Recht bereits ein doppeltes Element enthielt: das eine durch die Form wirkende, welches ihrem alten jus civile entstammte, das andere formfreie, welches durch die Berührung des römischen Verkehrs mit dem Weltverkehr zur Rechtskraft erstarkt war; jenes nur für den Verkehr der römischen Bürger unter einander, dieses auch für die Fremden (peregrini) giltig und bestimmt. Das Recht der ersten Art, das eigentümlich römische Recht, hiefs ihnen jetzt jus civile im engeren, besonderen Sinne (jus proprium civium Romanorum), das andere aber erschien ihnen als ein gemeines Menschenrecht, durch die Natur der Dinge und gemeinmenschliches Billigkeitsgefühl allen Völkern gemeinsam (jus gentium, quod apud omnes gentes peraeque custoditur), gewissermafsen ein kraft seiner Selbsverständlichkeit überall geltendes Naturrecht. Nicht als ob man die Geltung eines von den Philosophen erdachten Naturrechts hätte einführen wollen, vielmehr war und blieb auch das jus gentium ein Teil des p o s i t i v e n, durch die Verkehrsgewohnheiten und andere Rechtsquellen (insbesondere das prätorische Edict, § 14) concret gestalteten r ö m i s c h e n Rechts. Auch nicht als ob man einfach fertiges fremdes Recht (hellenisches Recht) aufgenommen hätte; das geschah nur ganz ausnahmsweise, und auch hier unter Wahrung der römischen Selbständigkeit (z. B. bei der Hypothek). Nein, es war lediglich das erwachende Bewufstsein, dafs durch Aufnahme des freieren Elementes das römische Recht beginne, seine nationalen Besonderheiten abzulegen und aus localem Sonderrecht und Stadtrecht in ein gemeines Weltrecht sich zu verwandeln, welches in der Entgegensetzung von jus civile und jus gentium zum Ausdruck gelangte. J u s g e n t i u m w a r d e r T e i l d e s r ö m i s c h e n P r i v a t r e c h t s, w e l c h e r m i t d e m P r i v a t r e c h t a n d e r e r V ö l k e r (insbesondere dem griechischen Recht, das an den Gestaden des Mittelmeeres eine natürliche Vorherrschaft ausübte) ü b e r e i n s t i m m t e. Mit anderen Worten: jus gentium war derjenige Teil des römischen

Rechts, welcher schon den Römern als ratio scripta, als gemeingiltiges und gemeinmenschliches Recht erschien.

Die Unterscheidung des römischen Rechts in jus civile und jus gentium war nicht von blofs theoretischem, sondern von eminent praktischem Werte. Der Verkehr der Fremden, der Griechen, Phöniker, Juden, stand in Rom unter römischem Recht, aber unter römischem jus gentium; nach römischem Sonderrecht (jus civile in seinem neuen, engeren Sinne) konnte grundsätzlich nur der römische Bürger mit dem römischen Bürger verkehren (vgl. § 22). Das jus gentium war also zugleich das römische Fremdenrecht (das Verkehrsrecht der Peregrinen), wie es ja auch unter dem Einflufs des Fremdenverkehrs seine Gestalt gewonnen hatte.

Bei jedem Volk tritt ein Moment ein, in welchem die Anforderungen natürlichen Billigkeitsgefühls gegen die überlieferten Formen einer strengeren Urzeit reagieren. Bei den Römern war dieser Moment jetzt herangekommen. Das jus gentium war das jus aequum, welches im Gegensatz zu dem altüberlieferten jus strictum sich immer bedeutender entfaltete. Die Geschichte des römischen Rechts ging darauf hinaus, dies neu aufkommende jus aequum an die Stelle des jus strictum zu setzen, das alte jus civile zu vernichten durch jus gentium. Aber der römische Rechtsinstinct liefs diese Entwickelung nicht mit einem Schlage vor sich gehen. Nicht wie ein Hagelwetter kam das jus gentium über das jus civile. Es war vielmehr die stetige, unausgesetzte Arbeit von mehr als einem halben Jahrtausend, welche ganz allmählich das Billigkeitsrecht neben dem älteren strengeren Recht zur Ausbildung brachte und dann erst, als die Formen des jus civile altersgrau, leer, von selber lebensunfähig geworden waren, dasselbe völlig beseitigte. Langsam, mit Vorsicht, gewissermafsen Stück für Stück, ward ein Teil des freieren billigen Rechts nach dem anderen entfaltet, probiert und dem römischen Rechtsorganismus einverleibt. Eine ungeheure Kleinarbeit reformierte das römische Recht. Und allein durch diese Sorgfalt, welche nicht auf stolzen Rossen allgemeiner unklarer Billigkeitsprincipien einherzog, sondern mit dem ererbten römischen Sinn für Mafs, Form und Gesetzlichkeit das Billigkeitsrecht auf klare, ins feinste durchgearbeitete, in allem einzelnen erwogene Grundsätze brachte, konnte das römische

Recht trotz der weiten, freien Entfaltung seines Inhalts doch die künstlerische, den Stoff bändigende und in feste architektonische Form zwingende Gestaltungskraft bewahren, welche aus dem römischen Recht, insbesondere dem römischen Privatrecht, ein nie wieder erreichtes Vorbild für alle Zeiten gemacht hat.

In der Ausarbeitung des jus gentium, des natürlich-billigen Verkehrsrechts, zu einem krystallklaren, wunderbar durchsichtigen, durch Form und Inhalt den beschauenden Geist bezwingenden System hat die weltgeschichtliche Mission des römischen Rechts bestanden. Durch diese Leistung, welche es für alle Zeiten vollbracht hat, ward es fähig, nicht blofs ein Weltrecht des römischen Reichs zu sein, sondern, sobald es aus der Vergessenheit der Jahrhunderte wieder auftauchte, auch die Welt der Gegenwart zu erobern.

Drei Factoren sind es gewesen, welche nach und neben einander an dieser selben einen Aufgabe, der Ausarbeitung und Einführung des jus gentium, entscheidend thätig gewesen sind: 1) das prätorische Edict, 2) die römische Rechtswissenschaft und 3) die kaiserliche Gesetzgebung.

Cicero de off. III 17: Societas enim est, latissime quae pateat hominum inter homines, interior eorum, qui ejusdem gentis sunt, propior eorum, qui ejusdem civitatis. Itaque majores aliud jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt: quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet[1]).

Cic. de off. III 5: Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis

---

[1]) Der letzte Satz drückt keine Anforderung an das jus civile (etwa dafs es sich dem jus gentium accommodieren müsse), sondern vielmehr die Thatsache aus, dafs jus gentium nur das sein kann, was wirklich überall in den einzelnen positiven Stadtrechten (vor allem im römischen Stadtrecht, jus civile in diesem Sinne) gilt. Das jus civile ist nicht notwendig jus gentium (gilt nicht notwendig überall), aber das jus gentium ist notwendig jus civile: das überall geltende Recht mufs notwendig auch bei uns gelten, weil es sonst kein überall geltendes Recht (jus gentium) wäre. Jus civile ist hier im Sinne von Stadtrecht, also für römisches Recht schlechtweg genommen, nicht in dem engeren Sinn des eigentümlich römischen Rechts. Was bei den Römern nicht gilt, das kann selbstverständlich nicht als apud omnes gentes geltend angesehen werden. Das jus gentium bewegt sich in den Schranken des jus civile (im weiteren Sinn), ist nicht der Gegensatz, sondern ein Teil des römischen Rechts.

nostras facultates, copias, opes augeamus. Neque vero hoc solum natura, id est jure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri.

Gaj. Inst. I § 1: Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur.

§ 14.

Das prätorische Edict.

Im Jahre 367 v. Chr. ward die Gerichtsbarkeit von der consularischen Gewalt abgezweigt, und ein besonderer Stadtrichter (praetor urbanus) eingesetzt. Später (um das Jahr 242 v. Chr.) ward es infolge des anwachsenden Verkehrs nötig, noch einen zweiten Prätor, den praetor peregrinus, einzusetzen, dem alle Processe zwischen römischen Bürgern und Nichtbürgern (Peregrinen) oder der Nichtbürger unter einander zugewiesen wurden. Der praetor urbanus blieb nur für die Processe der römischen Bürger unter einander competent.

Der Prätor besafs, ebenso wie vor ihm der Consul, für die Dauer seines Amtsjahres die alte königliche Gerichtsgewalt[1]), d. h. eine Gerichtsgewalt mit souveränem richterlichen Ermessen, formell nur gebunden durch den Buchstaben der Volksgesetze (der leges) und durch die kraft uralten Herkommens mit Gesetzeskraft ausgestattete Gewohnheit (oben S. 29). Damit hängt die besondere Bedeutung des prätorischen „Edicts“ zusammen.

[1]) Der Name praetor bedeutet wörtlich den Feldherrn und ist in den ersten Jahrhunderten der Republik der Ehrentitel der Consuln: Mommsen, Röm. Staatsrecht Bd. 2 (2. Aufl. 1877) S. 71 ff. Der Prätor war sachlich ein dritter Consul, jedoch mit der sonderlichen Aufgabe, nicht das militärische Commando, sondern die Gerichtsbarkeit zu handhaben. Daher er an Rang (und Zahl der Lictoren) dem Consul nachstand, wenngleich grundsätzlich seine Gewalt consularische Gewalt war: Mommsen S. 185 ff.

Edicte sind öffentlich bekannt gemachte Verfügungen der magistratus populi Romani. Prätorische Edicte sind öffentlich bekannt gemachte Verfügungen des Prätors. Sie beziehen sich auf die Grundsätze, welche der Prätor bei Handhabung seiner Jurisdiction, also bei Handhabung seines freien richterlichen Ermessens zu befolgen beabsichtigt. Der Prätor wird schwerlich von vorneherein mit Verkündigung solcher Edicte begonnen haben. Denn es verstand sich von selbst, dafs er zunächst einfach die Ausführung des bestehenden Rechts als seine Aufgabe betrachtete, und dafs erst allmählich sich feste und zugleich besondere Grundsätze prätorischer Rechtsprechung herausarbeiteten, welche dann einer Reaction der prätorischen Gewalt gegen die Grundsätze des Civilrechts den Weg bahnten, dafs also erst allmählich ein Anlafs zu öffentlich bekannt zu machenden Verfügungen des Prätors über die Gewährung der Rechtshilfe gegeben war. Nur dafs schon früh, wie es scheint, beim Tribunal des Prätors ein Verzeichnis von Formeln aufgestellt ward zur Instruction für die Parteien, z. B. von Formeln für die vom Prätor zu erbittenden Interdicte (Befehle, durch welche der Prätor im Verwaltungswege aufserordentliche Hilfe gewährte, unten § 43) und für die Procefssponsionen (Procefsverträge), zu deren Eingehung der Prätor unter Umständen die Parteien nötigte[2]). Neben dieser Formeltafel kamen

---

[2]) Das Hadrianische Edict schliefst mit einem Anhang, welcher wesentlich nur Formeln enthält, nämlich Formeln für die Interdicte, die Exceptionen und die Stipulationen (Procefssponsionen). Ein innerer Grund, welcher die Zusammenfassung namentlich der Exceptions- und der Stipulationsformulare am Schlufs des Edictes rechtfertigte, ist nicht vorhanden. Um so weniger, weil dadurch die prätorischen Stipulationen von den an ganz anderer Stelle zu findenden bezüglichen Edicten (welche den Abschlufs derselben anordnen) weit getrennt sind, und weil ebenso die Exceptionen auf diese Weise völlig von den betreffenden Materien, zu denen sie gehören, abgelöst auftreten. Es liegt am nächsten, diese auffallende Erscheinung auf einen historischen Grund zurückzuführen, auf die Thatsache nämlich, dafs in diesem Anhang die Anfänge des prätorischen Albums vor uns liegen, die Formeltafel (natürlich mit einer Reihe von späteren Nachträgen), welche man, wie sie einmal sich gebildet hatte, beisammen liefs. Auf dieser Formeltafel fehlen die Actionen (die Klagformulare), weil der Prätor zur Zeit des Legisactionenprocesses auf die Bildung der Klagformel keinen Einflufs hatte; die legis actiones, welche durch die (pontificale) Rechtswissenschaft ausgebildet und fortgebildet wurden, erfuhren ihre Veröffentlichung nicht durch den Prätor, sondern wurden durch

dann andere Tafeln auf, welche die Verordnungen des Prätors auf dem Gebiet des Rechtslebens (die Edicte) und, nach dem Aufkommen des Formularprocesses (s. unten), auch die Klagformeln (actiones) aufnahmen: eine Art neuer Gesetzestafeln neben den unferne auf dem forum Romanum zu erblickenden zwölf Kupfertafeln, in welche das altrömische Civilrecht eingegraben war. Die prätorischen Tafeln, nur für die Dauer eines Jahres bestimmt, waren einfach von Holz, mit weifser Farbe angestrichen (daher das Ganze album genannt). Aber diese Holztafeln sollten jene ehernen Tafeln aus dem Felde schlagen. Sie waren die Träger des Rechts, durch welches das alte Recht der zwölf Tafeln reformiert, dann zu Grabe getragen wurde. Das Ganze hiefs wegen seiner äufseren Form das Album oder auch das Edict des Prätors, indem man also auch die vom Prätor aufgestellten Formeln (deren Publication kein Edict im Rechtssinne war) mit den eigentlichen Edicten unter dem Gesamtnamen „das Edict" mit begriff [3]).



Privatarbeiten (jus Flavianum, Aelianum, unten § 15 i. A.) bekannt gemacht. Als der Prätor später, infolge der Ausbildung des Formularprocesses, auch die Klagformulare aufstellte, reihte er sie an entsprechender Stelle unter die Edicte ein. Die älteren Formeln aber blieben an ihrem Platz als besonderer Teil (Anhang) des Albums. Diese Annahme hat zur Voraussetzung, dafs die in jenem Formelteil znsammengestellten Rechtsmittel sämtlich schon der Zeit des Legisactionenprocesses angehören. Von den Interdicten und den prätorischen Stipulationen kann dies mit hinreichender Sicherheit behauptet werden. Was die Exceptionen angeht, so möchte vielleicht in der uns hier beschäftigenden Thatsache ein Argument zu Gunsten der Ansicht zu finden sein, dafs zwar nicht bei dem lege agere, aber doch bei dem, in die Legisactionenzeit zurückreichenden, per sponsionem agere die Einfügung einer exceptio (in die Procefssponsion) möglich war: Karlowa, Der römische Civilprocefs zur Zeit der Legisactionen (1872) S. 101. So würden also die Exceptionsformulare nicht zufällig vor die Sponsionsformulare gestellt worden sein. — Vgl. zu dem vorigen Wlassak, Edict und Klageform (1882) S. 22 ff.; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 462. 463.

[3]) Die Disposition des Hadrianischen Edicts ruht auf dem Gegensatz der ordentlichen und der aufserordentlichen Form der magistratischen Rechtshilfe: der erste Hauptteil des Edicts handelt von der Handhabung der jurisdictio (d. h. von der ordentlichen Form der Rechtshilfe), der zweite Hauptteil von der Handhabung des imperium (im engeren Sinn), d. h. von der aufserordentlichen Rechtshilfe kraft der befehlenden Amtsgewalt des Magistrats (vgl. unten § 43). Vorausgeschickt ist ein einleitender Teil (von der Ordnung und

Von altersher wird jeder neue Prätor beim Amtsantritt für Revision und Neuaufstellung der Formeltafeln (deren Material schon bedingte, dafs sie höchstens für die Dauer eines Amtsjahres ausreichten) zu sorgen gehabt haben. Was für die Formeltafeln Herkommen war, das war für die Edicte von vornherein Notwendigkeit. Die Edicte verloren ihre Giltigkeit mit der Amtsdauer des edicierenden Magistrats. Der neue Prätor hatte also beim Amtsantritt das Edict (als Ganzes) neu aufzustellen, ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset: l. 2 § 10 D. de O. J. (1, 2).

Dies Edict des Prätors beim Amtsantritt heifst edictum perpetuum. Es soll für die ganze Dauer seines Amtsjahres gelten. Den Gegensatz bildet die aufserordentliche Verfügung im Laufe des Amtsjahres für die unvorhergesehenen Verhältnisse (prout res incidit). Das Edict (wir werden im folgenden das edictum perpetuum unter dem „Edict" schlechtweg verstehen) ist kein Gesetz, überhaupt ursprünglich keine Rechtsquelle. Sogar der edicierende Magistrat selber konnte von seinem Edict willkürlich abgehen[4]), bis eine lex Cornelia (67 v. Chr.) ihn verpflichtete, sich an sein edictum perpetuum zu halten. Aber auch dann erlosch die Geltung des Edicts mit dem Amtsjahr des Edicierenden. Der Nachfolger war an das Edict des Vorgängers nicht gebunden. Er konnte es wiederholen oder auch ändern, wie er wollte. In der Natur der Dinge aber lag es, dafs ein grofser Teil des Edicts

---

Sicherung des Rechtsganges bis zur Erteilung des Judiciums); angehängt ist ein Schlufsteil (Execution und Nichtigkeitsbeschwerde). Dann folgt der in der vorigen Anm. besprochene Anhang (Interdicte, Exceptionen, Stipulationen) und endlich das ädilicische Edict. Lenel, Das Edictum perpetuum (1883) S. 12 ff.

[4]) Doch konnte der College in solchem Fall intercedieren. Cic. in Verrem act. II lib. I 46 § 119: Tum vero in magistratu contra illud edictum suum sine ulla religione decernebat. Itaque L. Piso multos codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit, quod iste aliter, atque ut edixerat, decrevisset. Vgl. ferner § 120: Alias revocabat eos, inter quos jam decreverat, decretumque mutabat, alias inter alios contrarium sine ulla religione decernebat, ac proximis paullo ante decreverat. Wenn ein solches Vorgehen also auch als ungehörig (sine ulla religione) empfunden wurde, so äufserte sich doch darin die formell freie (soweit nicht bestimmte leges vorlagen), königliche Gerichtsgewalt des Magistrats.

bald traditionell stehend wiederholt wurde (edictum tralaticium), und daſs der Nachfolger sich auf Zusätze (nova edicta, novae clausulae) beschränkte[5]). So entwickelte sich eine constante prätorische Gerichtspraxis, welche neben dem geltenden Gesetzes- und Gewohnheitsrecht zu einem thatsächlich erheblichen Factor des Rechtslebens wurde.

Der praetor peregrinus hatte unter Bürgern und Nichtbürgern und über Nichtbürger unter einander zu richten, d. h. er richtete nach jus gentium. Das Edict des praetor peregrinus ward daher eine Form, in welcher das jus gentium schriftliche, greifbare, feste Gestalt gewann. Das letztere ward damit zugleich in den Stand gesetzt, eine energischere Wirkung auf das Rechtsleben überhaupt auszuüben. Der praetor urbanus dagegen richtete nur über Streitsachen römischer Bürger unter einander. Sein Edict betraf das gesamte römische Recht, also mit dem jus gentium, das ja auch für römische Bürger galt, auch das jus civile im engeren Sinne. Hier ward die Form ersichtlich, in welcher das jus civile im Gericht des Prätors wirklich praktisch lebendig wurde.

Gesetze konnte der Prätor nicht geben, aber Klagen konnte er geben und verweigern. Die Klage alten Stils (legis actio) war in unbewegliche, von der Praxis im Anschluſs an die Gesetzesworte ausgebildete Formeln eingezwängt. Hier war nur Gestattung der Klage (legis actio) oder Versagung derselben vonseiten des Magistrats möglich. Darum war es von groſser Bedeutung, daſs mit der lex Aebutia (etwa um die Mitte des 2. Jahrhunderts v. Chr.) der Formularproceſs durchdrang, d. h. ein Verfahren, in welchem die Klagstellung zu einer schriftlichen Anweisung (formula) seitens des Magistrats an den judex führte, um den letzteren über den

---

[5]) Schon zu Ciceros Zeit war der gröſste Teil des prätorischen Edicts tralaticischer Natur, so daſs Cicero das prätorische Recht (welches ja auf keiner lex beruhte) als eine Art des Gewohnheitsrechts bezeichnet, Cic. de invent. II 22 § 67: Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit; in ea autem jura sunt quaedam ipsa jam certa propter vetustatem; quo in genere et alia sunt multa, et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt. Vgl. ferner Cic. Verr. II lib. I 44 § 114: et hoc vetus edictum translaticiumque esse; 45 § 115: in re vetere edictum novum; 48 § 117: hoc (edictum) translaticium est. Mommsen, Röm. Staatsr. Bd. 1 (2. Aufl.) S. 198 Anm. 3.

Gegenstand des Streits und zugleich über die Grundsätze, nach denen er zu entscheiden habe, zu instruieren (unten § 36). Der erkennende judex (d. h. der Privatmann, welchem der Prätor die Untersuchung und Entscheidung des Rechtsstreites herkömmlicher Weise übertrug) war jetzt weit mehr als früher von den Verfügungen des Magistrats abhängig; ihm konnte aufgegeben werden, eine Klage, welche nach Civilrecht zuständig war, unter gewissen Umständen dennoch abzuweisen, oder auch eine Klage zuzulassen, welche dem Civilrecht überhaupt unbekannt war. Auch der Partei gegenüber stand der Prätor jetzt weit freier als zuvor: er konnte die Klage nicht blofs abweisen, sondern auch gestatten, aber unter Clauseln gestatten, welche für bestimmte Fälle der Abweisung gleichkamen. Der ganze Procefs war unter die Herrschaft des Prätors gebracht worden.

Daher der mächtige Aufschwung, welchen das prätorische Recht in kurzem nahm. Schon zur Zeit Ciceros war das prätorische Edict der Führer der römischen Rechtsentwickelung geworden[6]. Der wesentliche Inhalt der prätorischen Reform aber bestand in der Ausbildung jenes Billigkeitsrechts (des jus gentium), welches mehr und mehr die Rücksichtslosigkeit des alten jus civile beseitigte. Das prätorische Edict war das beste Mittel, um diese ebenso wichtige wie schwierige Reform zu bewerkstelligen. Immer nur für ein Jahr giltig, gewährte es die Möglichkeit, versuchsweise mit neuen Grundsätzen vorzugehen, welche man sofort wieder fallen lassen konnte, wenn sie sich nicht bewährten. Im allgemeinen war die Neigung der Prätoren nicht, sofort mit allgemeinen Principien durchzugreifen. Man beschränkte sich vielmehr zunächst darauf, einen ganz bestimmten Fall zu regulieren, dessen Bedingungen man deutlich übersah. Dann konnte der Nachfolger dem Edict des Vorgängers noch eine weitere Clausel beifügen, der dritte noch einen Schritt weiter vorgehen u. s. f. Man strich nicht gerne, was im Edict gestanden hatte, gerade weil man abstracte Generalisierungen scheute. Man fügte lieber einen zweiten concreten Fall dem ersten hinzu, zugleich weil man so

---

[6]) Cic. de legib. I 5 § 17: Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a XII tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam putas.

des genauen Wortausdrucks sicher war, denn das Wort war es, wonach man wie das Gesetz, so das prätorische Edict interpretierte. So entstand in dem Edict eine Art Gesetzbuch des Privatrechts in der Gestalt von Bestimmungen über Gewährung von Klagen, Einreden u. s. w., nicht gerade angenehm zu lesen und nicht gerade in Ciceros Stil, aber ein Gesetzbuch, welches in seiner altväterischen Sprache und seinen ungelenken Wendungen die Erfahrungen, die Weisheit, die Vorsicht der Voreltern von Generation zu Generation überlieferte. Es war ein Gesetzbuch, welches zugleich conservativ und leicht veränderlich war, welches darum zugleich in den Erfahrungen der Vergangenheit und in der lebendigen Bewegung der Gegenwart wurzelte.

Das prätorische Recht, wie es durch das Edict sich gestaltete, war kein Recht im eigentlichen Sinn, aber doch kraft der Macht, welche es über die Gewährung der Rechtshilfe besafs, thatsächlich dem Recht gleich. Schon zu Ciceros Zeit ward es als eine Art Gesetz empfunden [7]. Als jus honorarium (Amtsrecht) trat das prätorische Recht dem eigentlichen Recht, dem jus civile (Volksrecht, dem Recht von Rechts wegen), wie es durch Volksgesetze und Volksgewohnheit ausgebildet war, gegenüber. Jus gentium war auf beiden Seiten zu finden, sowohl in dem jus civile [8] wie in dem jus honorarium [9], aber in dem jus honorarium überwog das Element des jus gentium. Das prätorische Edict war in der Hauptsache das Mittel, dem freien Billigkeitsrecht zum Siege über das ältere strenge Recht zu helfen. Mochte das prätorische Edict in seinen Anfängen nur zur volleren Durchführung des jus civile (juris civilis adjuvandi gratia), dann auch zur Ergänzung des jus civile (juris civilis supplendi gratia) dienen, endlich ging es, von der Strömung der Zeit getragen, zur vollen Reform des Civilrechts (juris civilis corrigendi gratia) über.

---

[7]) Cic. in Verrem II 1 § 42: Qui plurimum tribuunt edicto, praetoris edictum legem annuam dicunt esse.

[8]) Hier das Wort in dem weiteren Sinn genommen, in welchem es das römische Recht schlechtweg (das „Stadtrecht") bezeichnet, mag es jus civile im engeren Sinn (eigentümlich römisch) oder jus gentium sein. Im Gegensatz zum jus honorarium ist jus civile alles römische Recht, welches von Rechts wegen Recht ist.

[9]) Dem nur von Edicts wegen geltenden Recht.

Die Blütezeit des prätorischen Edicts fällt in das letzte Jahrhundert der Republik und das erste Jahrhundert der Kaiserzeit. Dann war die Aufgabe in der Hauptsache gelöst. Es kam hinzu, dafs die sich ändernde Staatsverfassung der ferneren prätorischen Rechtserzeugung feindlich in den Weg trat. War doch das jus edicendi des Prätors ein Ausflufs der alten aristokratischen Selbstherrlichkeit der republikanischen Magistraturen. Das aufsteigende Kaisertum aber duldete auf die Dauer keine selbständige Macht mehr neben sich. Wie auf den anderen Gebieten des Staatslebens, so wurden auch hier die alten Formen gewahrt, aber in der Sache dem neuen, monarchischen Gedanken Bahn gebrochen. Es war Hadrians vielumfassender Geist, welcher an dieser Stelle die Consequenz der veränderten politischen Verhältnisse zugleich erkannte und durchsetzte. Von vornherein war es nichts Unerhörtes gewesen, dafs die höchste Gewalt im Staate den Magistraten Weisungen über die Ausübung ihrer Amtsgewalt erteilte. So hatten bereits leges[10]), dann, namentlich in dem ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, eine Reihe von Senatusconsulten[11]) den Prätoren Vorschriften über ihre Rechtspflege, über Gewährung und Versagung von Klagerechten gegeben, und dadurch mittelbar den Inhalt des prätorischen Edicts mitbestimmt. Daran knüpfte Hadrian an. Es war die Zeit gekommen, dem Prätor den gesamten Inhalt seines Edictes vorzuschreiben. Schon war die regelmäfsige Neuverkündung des Edictes durch den Magistrat eine blofse Form geworden. Es hätte den thatsächlichen Machtverhältnissen der Prätur einerseits, des Principats andrerseits widersprochen, wenn der Prätor wesentliche Änderungen des Edicts ohne Genehmigung des Kaisers unternommen hätte. Auch war der Kaiser durch sein jus intercedendi rechtlich in der

---

[10]) Z. B. die lex (wahrscheinlich Aelia Sentia vom Jahre 4 n. Chr.), welche dem Prätor vorschrieb, in Bezug auf den Nachlafs bestimmter dediticii (welche durch Freilassung dediticii geworden waren) ita jus dicere, judicium reddere, ut ea fiant, quae futura forent, si dediticiorum numero facti non essent (Zeitschr. der Sav.-Stiftung, rom. Abt. Bd. 1 S. 97).

[11]) Z. B. das senatusconsultum Vellejanum, Trebellianum, Macedonianum, vgl. Schlesinger in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 8 S. 227 Anm. 44; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. Bd. 1 S. 629. Von einem derartigen Senatusconsult aus der Zeit der Republik (177 v. Chr.) berichtet schon Livius 41, 9.

Lage, jede ihm nicht genehme Änderung des prätorischen Edicts zu untersagen. So ward das Edict des Prätors stereotyp, unproductiv. Es war fertig. Was nur noch fehlte, war, ihm seine letzte Gestalt zu geben und zugleich das Verhältnis der kaiserlichen Gewalt zum Edict in rechtliche Form zu bringen. Zu diesem Zweck liefs Hadrian um das Jahr 131 n. Chr. durch den grofsen Juristen Salvius Julianus die beiden prätorischen Edicte (des praetor urbanus und des praetor peregrinus) endgiltig redigieren, unter Hinzufügung des auf Marktsachen (Haftung des Verkäufers für Mängel u. dgl.) bezüglichen Edicts der curulischen Ädilen, und liefs das Ganze durch ein Senatusconsult bestätigen (sog. Hadrianisches oder Julianisches Edict). Für die Provinzen geschah das gleiche durch Feststellung des von den Provinzialstatthaltern (praesides provinciarum), welche dort die Rechtspflege übten, zu verkündenden Edicts (edictum provinciale). Die kaiserliche Gewalt (deren Wirkung für die Senatsprovinzen durch das Senatusconsult vermittelt wurde) erhob sich so über den Magistraturen, um den Inhalt des Rechtspflege-Edictes in die Sphäre ihres Willens aufzunehmen. Formell blieb noch immer der rechtsprechende Magistrat mit seiner Amtsgewalt die Quelle des in dem Edict gesetzten Rechts. Nach wie vor hatte der Prätor (in der Provinz der praeses provinciae) beim Amtsantritt sein Edict zu publicieren und blieb der Inhalt des Edictes jus honorarium, nur kraft der Amtsgewalt des rechtsprechenden Magistrats geltendes Recht. Der Inhalt des Edicts war nicht zum Reichsgesetz gemacht und darum nicht in jus civile verwandelt worden[12]). Es blieb nach wie vor der Schein der alten republikanischen Magistratsgewalt. Aber Kaiser und Senat hatten den Magistrat kraft ihrer gesetzgebenden Gewalt

[12]) Wäre der Inhalt des Edicts unmittelbar durch das Senatusconsult zu Reichsrecht gemacht worden, so würde das edictale Recht in jus civile verwandelt worden sein, denn das Senatusconsult der Kaiserzeit hatte legis vicem (vgl. § 16) und erzeugte darum jus civile. Der Gegensatz des magistratischen Rechts als jus honorarium zum jus civile blieb aber bei Bestand. Daraus folgt, dafs das durch Senatsbeschlufs genehmigte Kaisergesetz nicht privatrechtlichen, sondern öffentlich-rechtlichen Inhalt hatte, dafs durch dasselbe der Inhalt des Edicts nicht unmittelbar für die Unterthanen (als Reichsprivatrecht, bezw. Procefsrecht), sondern nur für die Magistrate festgestellt wurde, um dieselben öffentlich-rechtlich zur Verkündigung dieses so redigierten Edicts zu verpflichten.

verpflichtet, ausschliefslich dies neue, endgiltig redigierte Edict zu publicieren. In der Sache ward der Inhalt des magistratischen Edictes nicht mehr durch den Willen des Magistrats bestimmt, sondern durch den Willen des Kaisertums. Ergab sich, dafs das Edict Zweifel lasse oder der Ergänzung bedürftig sei, so mufste beim Kaiser angefragt und durch dessen Rescript die Entscheidung herbeigeführt werden. Das Edict des Prätors war unveränderlich geworden (edictum perpetuum in diesem neuen Sinn). Die Fortbildung des edictalen Rechts sollte nicht mehr in der Form des prätorischen, sondern in der Form des Kaiserrechts erfolgen.

Das prätorische Recht war fertig. Es war Zeit, dafs eine neue Kraft herantrat, um eine nunmehr neu sich stellende Aufgabe zu lösen: die römische Rechtswissenschaft.

L. 2 § 10 D. de orig. juris (1, 2) (Pomponius): Eodem tempore et magistratus jura reddebant, et, ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque praemunirent, edicta proponebant. Quae edicta praetorum jus honorarium constituerunt. Honorarium dicitur, quod ab honore praetoris venerat.

Asconius in Cicer. orat. pro Cornelio: Aliam deinde legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis tulit: ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent; quae res cunctam gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie jus dicere solebant, sustulit.

L. 7 § 1 D. de just. et jure (1, 1) (Papinian.): Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam.

L. 8 eod. (Marcian.): et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis.

Zur Veranschaulichung des Edictsinhalts setze ich die Stelle des Edicts her, welche von der in integrum restitutio propter absentiam, d. h. von der Wiederaufhebung eines Rechtsnachteils handelt, den jemand infolge nicht rechtzeitiger Wahrnehmung seiner Rechte erlitten hat. L. 1 § 1 D. ex quib. caus. maj. (4, 6): Verba autem edicti talia sunt: Si cujus quid de bonis, cum is metus aut sine dolo malo reipublicae causa abesset, inve vinculis servitute hostiumque potestate esset, posteave non

utendo deminutum esse[13]), sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur; item si quis quid usu suum fecisset aut quod non utendo amissum sit[13]), consecutus, actioneve qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur inve vinculis esset secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari non liceret neque defenderetur, cumve magistratus de ea re appellatus esset sive cui per magistratus[13]) sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam, quod ejus per leges, plebis scita, senatus consulta, edicta, decreta principum licebit. — Ganz deutlich sieht man hier die nach einander eingeschobenen Clauseln; die jüngste ist sicher die letzte, ganz allgemein lautende. Zu beachten ist, dafs als Schranke des prätorischen Ermessens ausdrücklich nur das Gesetzesrecht, nicht aber das Gewohnheitsrecht genannt ist.

Litteratur.

O. Lenel, Das Edictum perpetuum (1883).

Bruns, Fontes juris Romani antiqui, ed. 5. (1887) S. 180 ff.

§ 15.

Die römische Rechtswissenschaft.

Die Anfänge der römischen Jurisprudenz liegen bei den pontifices, welche die sachverständigen Beiräte im Gericht des Königs, dann des Consuls, dann des Prätors waren. Ihre Rechtswissenschaft hing mit ihrer Wissenschaft von der Religion und von der Astronomie zusammen. Sie kannten das Sacralrecht und den Kalender, sie wufsten, an welchen Tagen es zulässig war, Klage zu erheben (dies fasti) und an welchen Tagen nicht (dies nefasti). Infolge ihrer beratenden Mitwirkung im Gericht waren sie es, welche die Klagformeln (legis actiones) sowie die rechtsgeschäftlichen Formeln kannten, beherrschten, fortbildeten. Ihre Wissenschaft war die Wissenschaft von dem Buchstaben des Gesetzes



[13]) Vgl. Lenel, Edictum perpetuum S. 96.

und von der kunstgemäfsen Anwendung, Auslegung, Verwertung dieses Buchstabens (interpretatio, oben § 11). Um dieser interpretatio willen, welche nicht jedermanns Sache war, und welche doch die Form der Klage und des Rechtsgeschäfts im Einzelfall mafsgebend bestimmte, erschien die pontificale, nur in den patricischen Familien durch familiäre Überlieferung und Unterweisung fortgepflanzte Jurisprudenz als eine Art Geheimwissenschaft und zugleich als ein Machtmittel des patricischen Standes, welchem die pontifices angehörten, über die Plebejer, so dafs die Veröffentlichung der legis actiones, d. h. der Klagformeln in der von den pontifices ihnen gegebenen Gestalt, durch Flavius (304 v. Chr.) und Aelius (um 204 v. Chr.) (sog. jus Flavianum, jus Aelianum) für eine grofse volkstümliche That geachtet wurde[1]). Eine wichtige Wendung bedeutete es daher, als der erste plebejische pontifex maximus, Tiberius Coruncanius (um 254 v. Chr.) sich bereit erklärte, jedermann über Fragen des Rechts Auskunft zu erteilen. Schon vor ihm hatten die pontifices auf Anfrage Auskunft gegeben, aber nicht jedermann, sondern nur dem anfragenden Magistrat oder der Partei, welche an einer Rechtsfrage praktisch beteiligt war, also nur für den Einzelfall, fragmentarisch, ohne das Ganze erkennen zu lassen. Die Ankündigung des Tib· Coruncanius bedeutete, dafs jetzt auch der blofs theoretisch interessierten Anfrage Antwort gegeben werden solle, der Anfrage, welche um das Wissen vom Recht, um die Erlernung des geltenden jus civile sich bemühte. Die Rechtskenntnis sollte jedermann zugänglich werden. Damit waren die Anfänge eines öffentlichen Rechtsunterrichts und, was notwendig daraus folgen mufste, einer juristischen Litteratur gegeben. Die fachmäfsige Kenntnis vom Recht trat mehr und mehr aus den Kreisen der pontifices heraus und ward Bestandteil der nationalen Bildung[2]). Gleichzeitig übte die griechische Litteratur, hier vor

---

[1]) Die öffentliche Aufstellung des Kalenders war bereits durch die Decemvirn bewirkt. Auch die Feststellung des Stadtrechts in der Zwölftafelgesetzgebung war schon insoferne eine populäre That, als sie zugleich eine öffentliche Feststellung des geltenden Rechts bedeutete.

[2]) Der gleich im Text zu nennende Qu. Mucius Scaevola erklärte dem Redner Servius Sulpicius, der ihn in einer Rechtsfrage anging: turpe esse patricio et nobili et causas oranti, jus, in quo versaretur, ignorare.

allem die wissenschaftliche Art der stoischen Philosophie, ihren mächtig anregenden, veredelnden Einfluſs aus. Die Idee ward lebendig, auch den spröden Rechtsstoff in die ihm zukommende künstlerische Form zu gieſsen. Um das Jahr 100 v. Chr. schrieb bereits der jüngere Qu. Mucius Scaevola, pontifex maximus, sein groſses Werk über das jus civile (in 18 Büchern), in welchem er es unternahm, von der Kasuistik zu höheren Gesichtspunkten aufzusteigen. Aus einer bloſsen Kenntnis vom Rechte begann eine Wissenschaft vom Recht hervorzugehen.

L. 2 § 6. 7 D. de orig. jur. (1, 2) (Pomponius): Omnium tamen harum (legum XII tab.) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. — Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba ejus, libertini filius, subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis. Hic liber, qui actiones continet, appellatur jus civile Flavianum. — — augescente civitate, quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur jus Aelianum.

§ 35 eod.: ex omnibus, qui scientiam (juris civilis) nancti sunt ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur: ceteri autem ad hunc vel in latenti jus civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant.

§ 41 eod.: Quintus Mucius (Scaevola), Publii filius, pontifex maximus, jus civile primus constituit generatim, in libros decem et octo redigendo.

Die vornehmste Thätigkeit eines Rechtskundigen war die respondierende (Anfragen beantwortende), mit welcher die docierende und die schriftstellerische Wirksamkeit sich verband.

Die Autorität der pontificalen responsa alten Stils ruhte auf der Stellung des Collegiums der pontifices, welches alljährlich ein Mitglied dazu bestimmte, um die privatrechtlichen Gutachten abzugeben (constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis). Daraus ergab sich die verbindliche Kraft, welche das pontificale

Gutachten thatsächlich für die Richter besafs[3]). Seit dem Ende der Republik war zugleich mit der Verbreitung der Rechtskunde das freie Respondieren auch anderer, welche nicht zu dem priesterlichen Collegium gehörten, aufgekommen, natürlich ein Respondieren ohne verbindliche Autorität. Das Ansehen der responsa und überhaupt der Jurisprudenz schien darunter leiden zu müssen, und doch war es unmöglich, zu der alten Monopolisierung der Rechtweisung durch die pontifices zurückzukehren. Kaiser Augustus ergriff daher einen anderen Ausweg. Er befahl, um die Autorität der Rechtweisung wieder herzustellen, zugleich höchst wahrscheinlich, um der kaiserlichen Gewalt ein neues Relief zu geben, dafs die responsa fortan ex auctoritate ejus (principis)[4]), also mit kaiserlicher Autorität gegeben werden sollten. Er war zugleich pontifex maximus, und so konnte seine Verordnung zugleich als eine Wiederbelebung und als eine Reform der alten autoritativen Rechtweisung, welche natürlich durch die freie Rechtweisung nicht aufgehoben worden war, angesehen werden. Durch Vermittelung des princeps konnte nunmehr auch ein Nicht-Pontifex autoritativ respondieren. Von diesem Augenblick an verschwindet der Einflufs des Pontificalcollegiums auf die Entwickelung des Civilrechts, und der princeps im Bunde mit der jetzt endgiltig laisierten Jurisprudenz tritt in den Vordergrund.

Die Form, in welcher das ex auctoritate principis respondere seine für die spätere Zeit mafsgebende Gestalt erhielt, scheint erst durch Tiberius festgestellt worden zu sein. Seitdem ist es Herkommen, dafs einzelnen hervorragenden Juristen das jus respondendi (jus publice, populo respondendi) vom Kaiser verliehen wird, d. h. das Recht, für den Richter verbindliche Gutachten zu erteilen. War das Gutachten in der vorgeschriebenen Form (schriftlich und versiegelt) gegeben, so mufste der Richter danach erkennen, falls nicht von einem anderen, gleichfalls privilegierten Juristen ein entgegengesetztes Gutachten vorlag.

---

[3]) Mit dem pontificalen responsum galt der Procefs als thatsächlich entschieden, wenngleich formell noch die Verkündigung des Urteils durch den Richter hinzukommen mufste, vgl. Mommsen, Röm. Staatsrecht Bd. 2 (2. Aufl.) S. 46. 48.

[4]) Wörtlich „unter Gewähr des Kaisers“, vgl. A. Pernice in den Jur. Abhandlungen, Festgabe für Beseler (Berlin 1885) S. 70.

Was zunächst nur von dem Gutachten galt, welches ausdrücklich für diesen Procefs gegeben war, das ward dann im Wege des Herkommens auch früheren Gutachten zuteil, also denjenigen responsa, welche gegenwärtig nicht mehr in ihrer officiellen Form (schriftlich und versiegelt), sondern lediglich in der Responsenlitteratur (den Responsensammlungen) vorlagen, — ein Herkommen, welches durch ein Rescript Hadrians ausdrücklich bestätigt wurde. Die Gutachten der privilegierten Juristen (responsa prudentium) waren zu einer Art Rechtsquelle geworden, und die Kraft der Rechtsquelle begann von den responsa auf die juristische Litteratur sich zu übertragen.

L. 2 § 48. 49 D. de orig. jur. (1, 2) (Pomponius): Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat. Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi jus non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque judicibus ipsi scribebant, aut testabantur, qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate ejus responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit.

Gaj. Inst. I § 7: Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.

Die Macht war der römischen Jurisprudenz gegeben. Es war jetzt nur die Frage, ob sie dieselbe zu gebrauchen imstande sei[5]).

Zunächst geriet die Rechtswissenschaft mit sich selber in Conflict. Zwei Rechtsschulen, die Sabinianer und die Proculejaner, jene an die Autorität des C. Atejus Capito, diese an die Autorität des M. Antistius Labeo (beide zur Zeit des Augustus) sich anschliefsend, traten einander gegenüber. Ihren Namen empfingen die beiden Schulen, die eine von Masurius

[5]) Zu dem folgenden vgl. namentlich A. Pernice, Marcus Antistius Labeo, das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, Bd. 1 (1873) S. 14 ff. 81 ff.; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 657 ff. 677 ff. 707 ff. 733 ff.

Sabinus (unter Tiber), welcher den Spuren des Capito folgte, die andere von Proculus (unter Nero), welcher als Haupt der Labeonischen Schule anerkannt ward. Von C. Cassius Longinus, welcher dem Sabinus nachfolgte, trägt die Schule der Sabinianer auch den Namen der Cassianer; nach Pegasus, dem Nachfolger des Proculus, werden die Schüler des Proculus auch Pegasianer genannt.

Was das Wesen des Schulgegensatzes ausmachte, vermögen wir nicht mehr mit Sicherheit zu erkennen. Eins scheint mit Bestimmtheit behauptet werden zu können, dafs nämlich auch die Schule der Sabinianer in hohem Grade unter dem Einflufs Labeos gestanden hat. Labeo war von den beiden grofsen Juristen der Augusteischen Epoche zweifelsohne der bedeutendere. Sein eminenter wissenschaftlicher Einflufs ist noch heute in den zahlreichen Citaten sichtbar, welche unser Corpus juris von ihm aufbewahrt, während der Name Capitos in der Sammlung Justinians so gut wie verschwunden ist. Labeo schuf durch zahlreiche neue Gruppierungen, Einteilungen, Definitionen (so definierte er den dolus malus, den entschuldbaren Irrtum, den Begriff der Pertinenz u. s. w.) Klarheit und festen Boden für Doctrin und Praxis. Er ist es wahrscheinlich, von dem die Einteilung aller Klagen in die zwei Classen der actiones in rem und der actiones in personam (unten § 39) herrührt, eine Einteilung, welche noch heute für unser ganzes juristisches Denken auf dem Gebiet des Privatrechts mafsgebend ist. Wie auf dem Gebiet der Philologie, welches er gleichfalls beherrschte — er war ein Mann im Vollbesitz der griechischen und römischen Bildung seiner Zeit —, so war er auch auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft „Analogist“[6]: er suchte und fand das Gesetzmäfsige, Einheitliche, um das positive Recht mit der Kunst der Dialektik zu beherrschen. So war es ihm denn auch gegeben, die Rechtssätze, welche gewissermafsen schon in der Luft schwebten, welche bereits allgemeine Geltung und Anerkennung besafsen und doch vielleicht noch von niemand direct ausgesprochen worden waren, mit kräftiger Hand zu ergreifen und ihnen Gestalt, Ausdruck, schneidige (unter Umständen vielleicht zu schneidige,

---

[6]) Vgl. M. Schanz im Philologus 1883 S. 309 ff.: „Die Analogisten und Anomalisten im römischen Recht.“ Der Verfasser gewinnt für die Charakterisierung der wissenschaftlichen Persönlichkeit Labeos glückliche Anhaltspunkte an der Art, wie Labeo philologische Fragen behandelte.

nämlich zu sehr generalisierende) Form zu geben. Noch zwei Jahrhunderte später schrieb Paulus kritische Bemerkungen zu dem Werk des Labeo, in welchem dieser die „probabilia“, d. h. solche aus dem Leben herausgegriffene „gemeingiltige Rechtssätze“ zusammengefaſst hatte („libri pithanon“), um den noch immer auf die Praxis mächtig wirkenden Formulierungen des Meisters die zu scharfe Spitze zu nehmen und ihnen das Gewicht der Umstände des Einzelfalls, namentlich der concreten Absicht der Parteien (das quod actum est) entgegenzuhalten. Aber wir begreifen es, daſs gerade die rücksichtslose Energie seiner Definitionen und Rechtssätze die Zeitgenossen mit sich fortriſs. Die Macht, welche das Bestimmte, logisch Klare als solches ausübt, war mit ihm und sicherte ihm seinen Erfolg. Er selber scheint, ebenso wie Capito, eine eigentliche Schule noch nicht gegründet zu haben. Beide erteilten Rechtsunterricht, aber, wie es scheint, noch in der von den Zeiten der Republik her überlieferten Weise der alten vornehmen Römer, welche öffentlich respondierten (auf Anfragen antworteten), dabei ihre Schüler zuhören lieſsen und unter Umständen mit denselben disputierten, aber nur ausnahmsweise dem einzelnen förmlichen Unterricht durch zusammenhängende Lehrvorträge erteilten. Die Gründung einer Schule scheint erst von Sabinus ausgegangen zu sein, welcher, wie erzählt wird, von Erteilung des Unterrichts lebte[7]). Damit drangen wahrscheinlich auch die bei den griechischen Philosophenschulen ausgebildeten Formen des Unterrichts ein, nämlich die corporative Organisation: der Lehrer war der Vorstand einer Genossenschaft, in welche die Schüler eintraten mit der Verpflichtung, einen Beitrag zu zahlen. Die Vorstandschaft der Schule übertrug sich durch Rechtsnachfolge von einem Lehrer auf den andern[8]). Der Schule des Sabinus trat dann in

[7]) L. 2 § 50 D. de orig. juris (1, 2) (Pomponius): huic (Sabino) nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est.

[8]) Daſs die griechischen Philosophenschulen in solcher Weise corporativ organisiert waren, hat v. Willamowitz-Möllendorf in seinen (mit Kieſsling herausgegebenen) Philologischen Untersuchungen Bd. 4 (1881) S. 263 ff. gezeigt. Vgl. Diels in: Philosophische Aufsätze, Ed. Zeller gewidmet, 1887, S. 239 ff. Für die gemeinsamen Mahlzeiten der Studenten galten die von dem Lehrer (als dem Haupt der Corporation) gesetzten νόμοι συμποτικοί (der Trinkcomment), vgl. Pernice in Zeitschr. d. Sav.-Stift. rom. A. Bd. 7 S. 92. Auf eine ähnliche corporative Organisation der Sabinianischen und Proculejanischen Schule deuten einmal die Beiträge, welche Sabinus sich

gleicher Organisation eine andere Schule, die des Proculus, gegenüber. Von den Gründern der Schule nannten die einen sich Sabinianer, die andern Proculejaner. Die Tradition führte dann den Gegensatz der beiden Schulen auf den Gegensatz der berühmten Augusteischen Juristen Capito und Labeo zurück. Es gab indessen namhafte Juristen, welche keiner von beiden Schulen angehörten, welche also in alter Weise bei einem angesehenen Juristen „gehört“ hatten. Aber der Schwerpunkt der Entwickelung lag naturgemäfs, so lange der Gegensatz der Schulen dauerte, in den beiden organisierten Verbänden. Der führende Geist unter diesen Schulhäuptern ward Sabinus selbst. Er gab seinen Schülern die Richtung auf die Fortbildung des römischen Rechts im Sinne der Befreiung von altrömischem Formalismus, während die Proculejaner es liebten, an dem Überlieferten festzuhalten, obgleich sie damit vielleicht dem Buchstaben, aber nicht dem Geist ihres Meisters Labeo gerecht wurden. So lehrten die Sabinianer, dafs der Beklagte freizusprechen sei, wenn er auch erst während des Processes den Kläger befriedigte (omnia judicia esse absolu-

von seinen Schülern zahlen liefs, sodann der schon von Bremer, Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im röm. Kaiserreich (1868) S. 68 ff., betonte Umstand, dafs Pomponius (l. 2 § 51 ff. D. 1, 2) bei Aufzählung der Sabinianischen und Proculejanischen Schulhäupter stehend von einem „successit“ spricht, während er diesen Ausdruck bei Aufzählung der republikanischen Juristen vermeidet. Es liegt in jenem Ausdruck, dafs es sich bei den Sabinianern und Proculejanern wirklich um eine Rechtsnachfolge (nämlich in die Vorstandschaft der Schule) handelte. Auch die Worte der l. 1 § 5 D. de extraord. cogn. (50, 13) (von Ulpian), wo es in Bezug auf das von dem Rechtslehrer zu empfangende Honorar heifst: honor, qui in ingressu sacramenti offerri debuit (darüber Bremer, Rechtslehrer S. 5. 6; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. Bd. 1 S. 673 Anm. 1), könnten eine Hinweisung auf solche Organisation enthalten; sacramentum wird in der lateinischen Vulgärsprache für das griechische μυστήριον gesetzt (z. B. bei den lateinischen Kirchenvätern), und die Mysterien waren Privatcorporationen, wie andrerseits die Privatcorporationen den Mysterien gleichkamen, insoferne sie regelmäfsig einen religiösen Mittelpunkt hatten. Beim Eintritt in die Mysterien, wie überhaupt in die Privatcorporationen, war ein Eintrittsgeld zu entrichten. Die Äufserung Ulpians würde auch dann für unsere Frage von Interesse sein, wenn sie nur bildlich gemeint wäre, und also das Honorar mit dem beim „Eintritt in die Genossenschaft“ (in den „Geheimbund“) zu zahlenden Beitrag nur verglichen würde. Sie würde zeigen, dafs es noch zu Ulpians Zeit nahe lag, die Schule mit einer corporativen Verbindung zusammenzustellen.

toria), während die Proculejaner daran festhielten, dafs bei den genau auf Schuld oder Nichtschuld abgestellten Klagen (den actiones stricti juris) der Beklagte schlechtweg dann zu verurteilen sei, wenn er zur Zeit der Formulierung der Procefsfrage (litis contestatio) schuldig war, ohne Rücksicht darauf, ob er etwa nach der litis contestatio bereits gezahlt hatte. Das Hauptwerk, durch welches Sabinus auf die Folgezeit wirkte, waren seine libri tres juris civilis, in welchen er, vom Erbrecht ausgehend, dann zu den einzelnen Rechtsgeschäften übergehend, das Ganze des Civilrechts in der Form, wie er es begriff, zur Anschauung brachte und — darin Labeo ähnlich, unter dessen Einflufs er auch stand, wenngleich er in manchem gegen ihn polemisierte — eine ganze Reihe von neuen Gesichtspunkten einführte, so dafs sein Werk von nun an die Grundlage für das Studium des jus civile bildete.

Bereits im Beginn des zweiten Jahrhunderts kündigte die classische Jurisprudenz sich an. Sie sollte den Gegensatz der beiden Schulen überwinden. Ihr Werk war die Verarbeitung des jus civile und des bereits zum Abschlufs gelangten jus honorarium mit dem neuen Kaiserrecht zu einem einheitlichen Ganzen. Den Grund legte der Proculejaner P. Juventius Celsus (starb wahrscheinlich unter Hadrian) mit seinen „Digesten" (in 39 Büchern). Ihm folgte der gröfsere Salvius Julianus (aus Hadrumetum im lateinischen Afrika gebürtig, blühte unter Hadrian und Antoninus Pius), dessen Lebenswerk einerseits die endgiltige Redaction des edictalen Rechts (oben S. 52), andererseits die Abfassung seines grofsen Digestenwerkes (in 90 Büchern) war. Wie Celsus, legte er die Ordnung des prätorischen Edicts zu Grunde, aber um an der Hand dieser Ordnung das gesamte römische Recht darzustellen. Die Macht des Werkes lag in seiner breiten Kasuistik, der Entscheidung zahlloser Rechtsfälle, in der Sicherheit, mit welcher die ganze Fülle des Rechtslebens ausgebreitet, zur Anschauung gebracht, beherrscht wurde. Auf die Zeit der dialektischen Schulung, welche die römische Rechtswissenschaft durchlaufen hatte, folgte jetzt die Verwertung der herausgearbeiteten Sätze, Kategorien, Gesichtspunkte an einem unendlichen Material. Die Vollkraft römischer Jurisprudenz ward in diesem Werke sichtbar[9]). Dem entsprach

[9]) Vgl. über Julian und seine Schriften jetzt H. Buhl, Salvius Julianus, 1. Teil 1886.

sein ungeheurer Erfolg. Eine Reihe von gleichstrebenden Freunden, Schülern, unter ihnen der herbe, gewichtige Sextus Caecilius Africanus und der belesene, gelehrte, auch für geschichtliche Forschung sich interessierende Sextus Pomponius, umgaben ihn und sicherten seinen Erfolg. Seitdem erlosch der Stern der proculejanischen Schule. Gajus (starb nach 180), der Jurist, welcher durch sein Institutionenwerk das Vorbild für alle künftigen Lehrbuchverfasser wurde, ist der letzte Jurist, welcher noch den Schulgegensatz vertritt. Er selbst war Sabinianer. Er spricht noch von gleichzeitigen Lehrern „der anderen Schule", also Proculejanern. Namen derselben sind jedoch nicht mehr auf uns gekommen. Die Sabinianer trugen den Sieg davon. Seit Salvius Julianus und durch ihn gab es nur noch eine Jurisprudenz, welche in den von ihm gewiesenen Bahnen wandelte.

Die eigentliche Lebensaufgabe der römischen Jurisprudenz war sichtbar geworden: die Welt des Rechtslebens entscheidend, respondierend, all den Einzelfragen nachgehend in ihrem Reichtum zu entfalten, und doch, der Macht fester Grundsätze Raum schaffend, das Chaos in einen Kosmos zu verwandeln. Solch edle Kasuistik war durch die grofsen Digestenwerke des Celsus und namentlich des Julian der römischen Welt gezeigt worden. Jetzt (gegen das Ende des zweiten Jahrhunderts) zogen die geistigen Kräfte auch des griechisch redenden Orients herbei, um an dem grofsen Werk teilzunehmen und dem Reich, welches sich bereits als eine grofse innerliche Einheit fühlte[10]), nunmehr endgiltig seine Reichsjurisprudenz zu schaffen. Unter Marc Aurel und Commodus schrieb Q. Cervidius Scaevola, Hellene von Geburt, dann in den Staatsrat (consilium) Marc Aurels aufgenommen, seine 40 Bücher Digesten, gleichfalls nach der Ordnung des Edicts, in Responsenform das römische Recht casuistisch zur Erscheinung bringend. Seine Schüler waren Septimius Severus, der spätere Kaiser, und vor allem Aemilius Papinianus, der berühmteste und neben Julian gröfste der römischen Juristen. Papinian, gleichfalls aus dem Orient stammend, vereinigte die ethische Kraft einer sittlich durchgebildeten Persönlichkeit mit griechischer Eleganz und römischer Knappheit und Schärfe. Auch seine Methode

[10]) Caracalla gab dieser Thatsache Ausdruck, indem er auch den Provinzialen das römische Bürgerrecht erteilte, unten § 22.

war die casuistische, auf die Entscheidung einzelner Fälle gerichtete. Er brachte sie zu der höchsten Vollendung. Seine bedeutendsten Arbeiten waren 19 libri responsorum und 37 quaestionum libri (die letzteren nach der Ordnung des Edicts), eine Masse von Detail in lichtvollster Weise behandelnd, grofs in der Formulierung und zugleich in der Begrenzung der Entscheidung, hinreifsend, auch wo gar keine Gründe gegeben werden, durch den Einklang des gesetzten Rechtssatzes mit dem scharf hervorgehobenen Kern des Thatbestandes. Aus der Wechselwirkung römischer und hellenischer Bildung entsprang in ihm die schönste Blüte römischer Jurisprudenz. Was er im Leben gelehrt und verlangt hatte, dafs nämlich das Unsittliche auch unmöglich dünken müsse, besiegelte er mit seinem Tode: er fiel von den Schergen Caracallas (212), weil er den brudermörderischen Plänen des Tyrannen unerschütterlichen Widerstand entgegensetzte.

Nach Papinian beginnt die Zeit der Epigonen. Die römische Jurisprudenz hatte ihr Meisterwerk vollendet. Auf die schöpferische Epoche folgte die Arbeit der Compilatoren. Papinians Schüler Domitius Ulpianus, nach seiner Abstammung ein Syrer (aus Tyrus), fafste in seinem grofsen Commentar zum prätorischen Edict (83 Bücher) und in seinen 51 libri ad Sabinum, sowie in einer grofsen Reihe von anderen monographischen Arbeiten die von seinen Vorgängern gewonnenen Resultate in kritischem Geist zusammen (seine meisten Werke schrieb er unter Caracalla 212 bis 217). Ihm stand in verwandter Thätigkeit der gleichfalls eminent fruchtbare Jurist Julius Paulus (wahrscheinlich ein Schüler Scaevolas) zur Seite. Auch seine Hauptwerke waren ein Edictscommentar (in 80 Büchern) und ein Commentar ad Sabinum (in 16 Büchern). Vornehmlich durch das Mittel der Schriften des Ulpian und Paulus wirkten die Arbeiten der grofsen Juristen von nun an auf die Folgezeit. In anschaulicher, leicht fafslicher Weise war hier die eminente Geistesarbeit römischer Jurisprudenz zusammengebracht worden. Die Grundlage für Justinians Digestenwerk war gelegt. Der Hauch hellenischen Geistes, welcher über Ulpians Schriften lichtvoll ausgebreitet liegt, gab ihnen den Vorzug vor den, mehr mit dem Stoff ringenden, wenngleich vielleicht unter Umständen tiefer greifenden Arbeiten des Paulus. Die Schriften Ulpians sind den Digesten Justinians zu Grunde gelegt worden. Aus ihnen ist ein Drittel der Digesten, aus Paulus

etwa ein Sechstel der Digesten entnommen worden (aus Ulpian 2462, aus Paulus 2080 Stellen), so daſs etwa die Hälfte des Digestenteils unseres Corpus juris den Schriften des Ulpian und Paulus ihren Ursprung schuldig ist. Nach Ulpian ist noch sein Schüler Herennius Modestinus, gleichfalls aus der griechischen Reichshälfte stammend, zu Bedeutung gelangt. Doch fand er bereits wenig zu thun übrig. Das Beamtenrecht der sich schon ankündigenden Monarchie und gewisse spitzfindige Fragen der Doctrin und Praxis waren seine sonderliche Neigung. Um die Mitte des dritten Jahrhunderts verlor die römische Rechtswissenschaft ihre führende Stellung. Das jus respondendi ward nicht mehr verliehen. Der Kaiser ward (in der Form der rescripta principis, unten § 16) der einzige Respondent, und die letzte Leistung römischer Rechtswissenschaft war, die zahlreichen Rescripte Diokletians und seiner Nachfolger mit dem noch immer nicht erloschenen Geist römischer Jurisprudenz zu erfüllen[1]).

Von Labeo und Sabinus bis auf Celsus und Julian (1. Jahrhundert der Kaiserzeit) hatte die römische Rechtswissenschaft eine stetig aufsteigende Entwickelung durchgemacht. Von Celsus und Julian bis auf Scaevola und Papinian (2. Jahrhundert) blühte sie in ihrer Vollkraft. Seit Ulpian und Paulus (3. Jahrhundert) begann sie unaufhaltsam zu sinken. Ihr Schatz war von nun an der Reichtum, welchen die Vergangenheit erzeugt hatte. Aber es war ein wunderbarer Schatz, dessen sie wartete, und welchen sie jetzt dem Kaisertum, dann den kommenden Geschlechtern überlieferte.

Die Aufgabe, welche die römische Rechtswissenschaft überkommen und nunmehr gelöst hatte, war eine doppelte gewesen: einmal die Zusammenfassung des Rechts, wie es in den mannigfaltigsten Rechtsquellen seit den Zeiten der zwölf Tafeln niedergelegt war, zu einem einheitlichen System, sodann aber die Entfaltung des reichen Inhalts, welchen diese Rechtsquellen darboten, in wissenschaftlicher Form. Die Zeit einer neuen interpretatio war herangekommen. Vor allen Dingen galt es nun die interpretatio des prätorischen Edicts, wie einst die interpretatio der zwölf Tafeln.

1) Vgl. F. Hofmann, Kritische Studien zum römischen Rechte (1885) S. 3—35: Der Verfall der römischen Rechtswissenschaft.

Das prätorische Edict hatte die Grundsätze des freien billigen Verkehrsrechts doch nur im rohen und in einzelnen kräftigen Grundzügen entwickeln können. Wie vieles gab es hier noch zu thun! Ja, wie vieles gab es, worüber das prätorische Edict und alle geschriebenen Rechtsquellen überhaupt keine Auskunft gaben! So etwa über die Grundsätze von der Stellvertretung, von den Bedingungen, von der contractlichen Diligenzpflicht, und vieles andere. Es kam hier darauf an, die Natur der Verkehrsverhältnisse, den unausgesprochenen und unbewufsten Willen des Verkehrs zu entdecken, zur Sprache zu bringen und in feste Form zu fassen, in solche Form, welche zugleich klar und bestimmt und doch weit genug war, um nicht etwa blofs für viele Fälle, sondern für alle Fälle, auch für die sonderlichen Ausnahmsfälle, das gemeinsam beherrschende Princip zum Ausdruck zu bringen. Es war eine Aufgabe mehr noch der Rechtserzeugung als der Rechtsanwendung. Gerade darin aber lag die Genialität der römischen Jurisprudenz. Sie hatte trotz der dialektischen Schulung und Kraft, welche ihr innewohnte, wenig dogmatische Interessen im Sinne unserer heutigen Wissenschaft. Sie dachte nicht über den Begriff des Rechts, des Eigentums oder der Schuldverbindlichkeit nach, und wenn sie darüber nachdachte, so pflegte sie es nur zu mangelhaften Ergebnissen zu bringen. Aber sie hatte ein instinctives Gefühl von den Consequenzen des Eigentumsbegriffs, des Schuldbegriffs, dessen Sicherheit sie in keinem Augenblick verliefs. Vor allem hatte sie eine geniale Kraft, die Anforderungen der bona fides im Verkehr zu entdecken und auf den Einzelfall zur Anwendung zu bringen. Was beim Kauf, bei der Miete, beim Auftrag sich von selber, auch ohne ausdrückliche Parteierklärung, kraft der Natur der Verhältnisse für alle Fälle und für den Einzelfall als Recht ergab, das wufste sie sofort, und diese Findigkeit, diese Klarheit in der Beherrschung der Kasuistik, geleitet durch ein nie versagendes Gemeingefühl, diese Fähigkeit, das Recht zum Wort zu bringen, welches dem concreten Verhältnis gewissermafsen innewohnt, und welches darum, wenngleich in mannigfacher praktischer Abwandlung, auch allen anderen Verhältnissen dieser Art die Regel giebt: das ist es, was den Schriften der römischen Juristen ihren unvergänglichen Reiz und dem Werk, welches sie geschaffen haben, die Unsterblichkeit gebracht hat.

Es war nicht, wie man es wohl genannt hat, ein „Rechnen mit Begriffen", was die römischen Juristen grofs gemacht hat, sondern der praktische Tact, welcher, ohne sich immer des Begriffes verstandesgemäfs bewufst zu sein, dennoch gemäfs demselben handelte und daher an dem Einzelfall das Gesetz, welches allen Fällen dieser Art eingeboren ist, hervorbrachte.

Dasjenige Rechtsgebiet, auf welchem die eigentümliche Begabung der römischen Juristen ihren vollen Spielraum fand, ist das Obligationenrecht, das Recht der Schuldverhältnisse, also das eigentliche Verkehrsrecht, und zwar ganz insbesondere das Recht derjenigen Verträge, bei denen nicht blofs der ausgesprochene, sondern auch der unausgesprochene Wille der Parteien giltig ist (die sog. negotia bonae fidei). Diesen unausgesprochenen Willen, welcher der Partei selber im Moment des Vertragsschlusses in der Hauptsache unbewufst ist, haben die römischen Juristen entdeckt, und sie haben ihn für alle Zeiten entdeckt und die Gesetze, welche sich aus demselben ergeben, ausgesprochen. Diese Arbeit braucht nicht mehr wiederholt zu werden. Und sie haben diesen Gesetzen zugleich eine für alle Zeiten mustergiltige Formulierung gegeben. Darum ist das Obligationenrecht, und zwar nur das Obligationenrecht, und zwar wiederum nur das Recht jener negotia bonae fidei, der eigentlich und in Wahrheit unsterbliche Teil des römischen Rechts. Alle anderen Teile des römischen Privatrechts sind niemals wieder zu voller, unbeschränkter Herrschaft gebracht worden, und alle anderen Teile des römischen Privatrechts sind heute im Begriff, mehr oder minder beseitigt und durch die werdende deutsche bürgerliche Gesetzgebung auch formell abgeschafft zu werden. Aber das römische Obligationenrecht wird bleiben. Es kann nicht abgeschafft werden. Der Wille des Käufers, Mieters u. s. w. ist zu allen Zeiten der gleiche, und diesen Willen lediglich hat das römische Recht zur Klarheit gebracht. Hier wird unsere Gesetzgebung, mag sie auch das römische Recht aufheben, doch materiell eine Wiederholung desselben sein.

Die Fähigkeit zu dieser Leistung, welche dem römischen Recht die unvergängliche welterobernde Kraft gab, war den römischen Juristen gerade durch die Art ihrer Thätigkeit gegeben.

Der Schwerpunkt ihrer ganzen Wissenschaft lag immer in der Kunst zu respondieren, d. h. in der Behandlung des Einzelfalls. In unmittelbarer Fühlung mit dem Leben erwuchs die römische Rechtswissenschaft, überschüttet mit einer Menge von Einzelfällen, und doch imstande, jedem Fall das Recht zu geben, welches mit ihm geboren war, ein Recht, zugleich abstract und doch dem einzelnen gerecht werdend, elastisch und doch stark und fest genug, um das ungeheure Gebiet des Verkehrslebens mit siegender Sicherheit zu beherrschen.

Das prätorische Recht hatte dem jus gentium die Gasse geschaffen, durch welche es in breitem Strom in das römische Recht eindrang. Erst die römische Rechtswissenschaft aber gab dem jus gentium, dem an sich so unfaſsbaren, beweglichen, freien Verkehrsrecht die Faſsbarkeit, die Durchsichtigkeit, zugleich die nötige Gebundenheit, welche die Grundsätze der bona fides in der Gestalt, wie sie von den römischen Juristen ergriffen waren, lebensfähig machte für alle Zeit.

Das eigentliche Werk der römischen Rechtsentwickelung war damit vollendet. Die innere Rechtsvernunft der Verkehrsverhältnisse war in den Schriften der römischen Juristen in classischer Schönheit sichtbar geworden. Es fehlte nur noch, die letzte Hand anzulegen. Dies war der kaiserlichen Gewalt vorbehalten.

L. 2 § 47 D. de O. J. (1, 2) (Pomponius): Maximae auctoritatis fuerunt Atejus Capito, qui Ofilium secutus est, et Antistius Labeo, qui omnes hos audivit, institutus est autem a Trebatio. Ex his Atejus consul fuit: Labeo noluit, cum offerretur ei ab Augusto consulatus, quo suffectus fieret, honorem suscipere, sed plurimum studiis operam dedit, et totum annum ita diviserat, ut Romae sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet et conscribendis libris operam daret; itaque reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur. Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt: nam Atejus Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat; Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis scientiae operam dederat, plurima innovare instituit.

§ 16.
Die kaiserliche Gesetzgebung.

Die kaiserliche Gewalt hat zwei Stufen der Entwickelung durchschritten. Auf der ersten Stufe ist sie die Gewalt eines „ersten Bürgers“ der Republik (Principat)[1], auf der zweiten Stufe (seit Diokletian und Constantin) ist sie monarchische Gewalt. Diese Entwickelung spiegelt sich in der Rechtsgeschichte wieder. Der princeps der ersten Epoche ist ohne gesetzgebende Gewalt, der kaiserliche Monarch aber des vierten Jahrhunderts und der Folgezeit hat die gesetzgebende Gewalt. Zur Zeit des Principats greift der Kaiser nur nebenher und ergänzend in die Rechtsentwickelung ein, zur Zeit der Monarchie aber übernimmt die kaiserliche Gesetzgebungsgewalt ausschliesslich die Führung des Rechtslebens.

Erste Stufe (bis etwa 300 n. Chr.). Der princeps wirkt auf die Fortbildung des Rechts ein durch seine Entscheidung über den Einzelfall (decretum, interlocutio), durch sein Gutachten über den Einzelfall (rescriptum), durch seine Beamteninstructionen (mandata), durch seine öffentlichen Verordnungen (edicta).

Decrete und Rescripte erscheinen als Mittel der authentischen Interpretation. Der Kaiser legt das Gesetz aus, indem er es auf den Einzelfall anwendet; die kaiserliche Gesetzesauslegung aber ist autoritative Auslegung und für alle gleichgearteten Fälle maſsgebend. Das Rescript wird auf die Anfrage entweder in einem selbständigen Antwortschreiben (epistola) oder in Form einer auf das Anfrageschreiben gesetzten Antwortnotiz (subscriptio) erteilt. Decrete und Rescripte sind mit ihrer gesetzesähnlichen Kraft (legis vicem habent) von der Lebensdauer des Kaisers unabhängig, ebenso wie die ähnlich wirkenden responsa prudentium (§ 15). Die authentische Interpretation teilt die Rechtskraft des interpretierten Rechts[2].

---

1) Der princeps ist als solcher Privatmann, aber ausgezeichnet durch lebenslängliche tribunicia potestas, wodurch ihm in Rom die entscheidende Regierungsgewalt, und durch lebenslängliches imperium, wodurch ihm im Reich der höchste Heerbefehl gegeben ist, vgl. A. Nissen, Beiträge zum röm. Staatsrecht (1885) S. 209 ff. Teilweise anders Mommsen, Staatsr. Bd. 2 S. 723 ff., welcher die Gewalt des princeps grundsätzlich als magistratische Gewalt faſst.

2) Beispiele: das decretum divi Marci über die Selbsthilfe l. 7 D. ad leg. Juliam de vi privata (48, 7); die epistola divi Hadriani über das beneficium divisionis für mehrere Mitbürgen § 4 I. de fidejuss. (3, 20), l. 26 D. eod. (46, 1). — Vgl. Mommsen, Röm. Staatsrecht Bd. 2 S. 873 ff.

Die Mandate des Kaisers an seine Beamtenschaft wurden thatsächlich Rechtsquelle, sofern einzelne Teile derselben (capita ex mandatis) stehend in sämtlichen Beamteninstructionen wiederkehrten[3]). Die kaiserlichen Edicte gingen aus dem Recht der öffentlichen Verfügung hervor, welches dem Kaiser gleich den Magistraten zustand: durch seine Edicte über Privatrechtsfragen machte er die Grundsätze bekannt, nach welchen er in solchen Fällen seine kaiserliche Gewalt zu handhaben beabsichtigte[4]). Edicte und Mandate galten grundsätzlich nur für die Lebenszeit des edicierenden, bezw. mandierenden Kaisers und bedurften zu ihrer ferneren Giltigkeit der Wiederholung durch den Nachfolger[5]).

Die Jurisprudenz faſste alle diese Machtäuſserungen der kaiserlichen Gewalt auf das Rechtsleben unter dem Namen der constitutiones zusammen und schrieb ihnen (soweit die Voraussetzungen dauernder Giltigkeit erfüllt waren, was nach dem vorigen für Edicte und Mandate sich nicht von selbst verstand) gesetzesähnliche Kraft zu. Die regelmäſsige Form des eigentlichen Gesetzes war aber in dieser Epoche nicht die kaiserliche Verfügung, auch nicht mehr das Volksgesetz (welches nur noch ausnahmsweise, und nur in den Anfängen der Epoche, vorkam), sondern das Senatusconsult. Der Beschluſs des Senates galt als Ersatz des Volksbeschlusses. Der princeps hat das Recht, mit dem Senat zu verhandeln und durch seinen Antrag (oratio) einen Beschluſs des Senats herbeizuführen. Wie sehr sich im Lauf der Epoche das Zustimmungsrecht des Senats zu einem kaiserlichen Antrag in eine bloſse Form verwandelte, zeigt die Thatsache, daſs es später üblich werden konnte, anstatt des Senatsbeschlusses lediglich die oratio, also den Antrag des Kaisers zu citieren[6]).

3) Beispiel das caput ex mandatis zu Gunsten der Militärtestamente, welches seit Trajan ständig ward, l. 1 pr. D. de testam. militis (29, 1).

4) Beispiel l. 4 D. ne de statu defunct. (40, 15): Divus Nerva edicto vetuit, post quinquennium mortis cujusque de statu quaeri.

5) Mommsen, Röm. Staatsrecht Bd. 2 (2. Aufl.) S. 867. 868. 875. 876. Die Edicte wurden daher von den Kaisern nur ausnahmsweise gebraucht, um zur Dauer bestimmte Rechtssatzungen einzuführen.

6) Beispiel die oratio divi Severi über das Mündelgut, l. 1 D. de reb. eor. (27, 9).

Gaj. Inst. I § 4: Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit, idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum. § 5: Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit, nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.

L. 1 § 1 D. de const. princ. (1, 4) (Ulpian.): Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt, quas vulgo constitutiones appellamus.

Zweite Stufe (seit 300). Die Kraft der römischen Rechtswissenschaft war um die Mitte des dritten Jahrhunderts erschöpft. Seit dem Ausgang des dritten Jahrhunderts (Diokletian) tritt die jetzt monarchisch gewordene Kaisergewalt ihre Alleinherrschaft auch für die Rechtsentwickelung an. Nicht blofs die formale Rechtserzeugung (Gesetzgebung), sondern auch die Auslegung, welche in Zweifelsfällen aus dem schon geltenden Recht einen neuen Grundsatz entwickelt, ward der kaiserlichen Gewalt vorbehalten. Die kaiserlichen Gutachten (rescripta) traten an die Stelle wissenschaftlicher Auslegung und wuchsen infolge dessen zu ungeheurer Zahl an (von Diokletian besitzen wir noch über 1000 Rescripte). Neben dem Rescript stand, wie früher, das Decret (das kaiserliche Urteil), und vor allem, die neue Form der Rechtsentwickelung vertretend, das Kaisergesetz. Das Kaisergesetz ist aus dem Antrag an den Senat (oratio) hervorgegangen; aber die Form der Mitteilung an den Senat ist abgestreift. Die Senatsgesetzgebung ist durch die Kaisergesetzgebung beseitigt. Das Kaisergesetz ist eine unmittelbar an die Allgemeinheit bekannt gegebene oratio. Daher seine Bezeichnung als edictum oder lex generalis. Mit dem Erwerb der gesetzgebenden Gewalt durch das Kaisertum mufste es Bedürfnis werden, die blofs gutachtende oder urteilende Thätigkeit des Kaisers von seiner gesetzgebenden zu unterscheiden. Während in der früheren Epoche jedes Rescript und Decret als allgemein verbindlich gegolten hatte, falls nicht seine Geltung ausdrücklich auf den Einzelfall beschränkt war (constitutio personalis), ward jetzt umgekehrt jedes blofse Rescript und Decret als constitutio personalis, also als nur für den Einzelfall giltig behandelt, falls nicht ausdrücklich die allgemeine Geltung des angewandten Grundsatzes vor-

geschrieben war. Nur wenn der Kaiser als Gesetzgeber handeln wollte, entstand ein allgemein verbindliches Reichsgesetz (constitutio generalis), und grundsätzlich wenigstens war es die Form, welche das Gesetz als solches auszeichnete und kennzeichnete. Die Form ist ordentlicher Weise das Edict (das amtlich publicierte Gesetz), aufserordentlicher Weise das mit Gesetzeskraft erlassene Rescript und Decret (das nicht amtlich publicierte Gesetz). Es giebt noch nicht-publicierte Gesetze, welche nur durch die Litteratur der Allgemeinheit bekannt werden, weil die kaiserliche Gesetzgebung zum Teil noch jetzt in den Formen der früheren Zeit, wo sie formell keine Gesetzgebung war, fortwirkt. Aber der Unterschied zwischen dem Gesetz (welches die Publication fordert) und der blofsen Einzelentscheidung (welche keine Publication fordert) ist doch grundsätzlich schon gemacht: die amtlich nicht publicierte Entscheidung (Rescript, Decret) ist nur noch ausnahmsweise von gesetzlicher Geltung. Die monarchische Gesetzgebung modernen Stils beginnt zum Bewufstsein ihrer selbst und ihrer Bedingungen zu gelangen.

L. 1 C. de leg. (1, 4) (Constantin.): Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.

L. 12 § 3 eod. (Justinian.): In praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet.

L. 11 C. Th. de rescr. (1, 2) (Arcadius et Honorius): Rescripta ad consultationem emissa vel emittenda in futurum iis tantum negotiis opitulentur, quibus effusa dicebantur.

L. 3 § 1 C. de leg. (1, 14) (Theodos. et Valentinian.): Sed et si generalis lex vocata est (die Entscheidung eines Einzelfalls) vel ad omnes jussa est pertinere, vim obtineat edicti, interlocutionibus, quas in uno negotio judicantes protulimus vel postea proferemus, non in commune praejudicantibus, nec his, quae specialiter quibusdam concessa sunt civitatibus vel provinciis vel corporibus, ad generalitatis observantiam pertinentibus [7].

---

7) Dazu l. 1 C. eod.; Puchta, Cursus der Institutionen § 131. Justinian verordnete dann wieder, dafs das im Beisein der Parteien in feierlicher Ge-

Die Aufgabe, welche die nunmehr in den Vordergrund eintretende kaiserliche Gesetzgebung zu lösen hatte, war eine zweifache: einmal die *Vollendung* der römischen Rechtsentwickelung, sodann die *Einsammlung* ihrer Resultate.

Die *Vollendung* der römischen Rechtsentwickelung bedeutete die endgiltige Abschleifung des jus civile durch das jus gentium, und andererseits die Aufhebung des Gegensatzes von jus civile und jus honorarium. Beide Aufgaben sind durch eine Reihe von Einzelerlassen, nicht durch eine plötzlich vorgehende Codification gelöst worden. Auch die kaiserliche Gewalt zeigt dieselbe conservative, schonende, vorsichtig eingreifende Tendenz, welche der römischen Rechtsgeschichte überhaupt eigen ist. Von Diokletian und Constantin bis auf Justinian, also während eines Zeitraums von mehr als zwei Jahrhunderten, haben die Kaiser nach einander an dem altüberlieferten Recht (jus vetus) geglättet, gefeilt, bis die völlige Einheit und Harmonie da war. Die Mehrzahl der in das Privatrecht tiefer eingreifenden endgiltigen Reformen ist erst durch Justinian vollzogen worden, welcher (und nicht blofs durch die Beihilfe seiner Räte) als der letzte Kaiser arbeitete, der des römischen Rechtes mächtig war. Ein Teil seiner Reformen ward sogar erst nach Vollendung des Corpus juris durch seine Novellengesetzgebung ins Werk gesetzt (so auf dem Gebiet des Erbrechts). Bis zum Corpus juris galten noch immer die zwölf Tafeln als das formelle Fundament des gesamten römischen Rechts. Im Corpus juris Justinians erst ward die Summe der Entwickelung gezogen, welche einst mit den zwölf Tafeln begonnen hatte, und an die Stelle des Zwölftafelgesetzes mit allem, was ihm nachgefolgt war, trat das grofse kaiserliche Gesetzbuch Justinians.

Durch Caracalla war das römische Bürgerrecht allen Reichsbürgern verliehen worden. Es gab nur noch *eine* Nationalität

---

richtssitzung verkündigte kaiserliche Decret (diese Form ward in gewissen Appellationsfällen eingehalten) und die in einem Rescript oder Decret gegebene authentische Interpretation einer lex generalis schlechtweg allgemeine Geltung haben solle, l. 12 C. de leg. (1, 14). Das Princip blieb aber immer das gleiche, dafs nämlich Decrete und Rescripte grundsätzlich *keine* allgemeine Geltung mehr haben sollten.

im römischen Reich, die römische, und diese Nation war mit der Menschheit, auf welcher die Cultur des abendländischen Altertums beruhte, gleichbedeutend. Seit dem vierten Jahrhundert verlegte sich ferner der Schwerpunkt des Reiches immer entschiedener nach dem griechischen Osten. Der Hellenismus mit seinem kosmopolitischen Wesen ward auch formell zum Sieger über das alte Römertum. Der Kaiser von Constantinopel war nicht mehr von den Überlieferungen Roms und Italiens, sondern von den Anschauungen und Bedürfnissen des hellenischen Provinzialismus umgeben und beeinflufst. Die Provinzen hatten das alte Hauptland verdrängt, der Hellenismus den Romanismus. So verdrängte das jus gentium endgiltig das jus civile. War durch den hellenischen Verkehr einst dem römischen Stadtrecht das jus gentium eingepflanzt worden: jetzt, da die Rechtsentwickelung zu dem Mutterboden des jus gentium zurückkehrte, mufste es seine volle Kraft entfalten. Das jus aequum empfing seine vollausgeprägte, endgiltige, das ganze Gebiet des Privatrechts einheitlich beherrschende Gestalt. Das römische Recht war fertig: aus dem Stadtrecht war ein Weltrecht hervorgegangen.

Es galt nur noch die Einsammlung der gereiften Früchte, um sie für die Zukunft aufzubewahren. Auch diese Aufgabe war von dem Kaisertum zu lösen, und sie ward von ihm gelöst.

§ 17.

Die Codification.

I. Die Vorstadien der Codification. Die spätere Kaiserzeit (seit dem vierten Jahrhundert) hatte einen zweifachen Kreis von Rechtsquellen vor sich: einmal das altüberlieferte Recht (jus vetus, auch jus schlechtweg genannt), welches in der classischen Zeit römischer Jurisprudenz (im Lauf des zweiten, Beginn des dritten Jahrhunderts) zum Abschlufs gebracht war: andererseits das durch die Kaisergesetzgebung geschaffene jüngere Recht (leges, jus novum genannt). Beiderlei Recht (jus und leges) beherrschte in wechselseitiger Ergänzung den Rechtszustand und stellte in seiner Zusammenfassung das Resultat der gesamten römischen Rechtsentwickelung von der ältesten Zeit bis auf die Gegenwart der spätkaiserlichen Epoche dar.

Das jus ruhte formell auf den zwölf Tafeln, den Volksgesetzen, den Senatsbeschlüssen, dem prätorischen Edict und den Erlassen der älteren Kaiser. In Wirklichkeit aber wurden alle diese Rechtsquellen von den Gerichten wie von den Parteien nicht mehr unmittelbar, sondern nur noch durch das Mittel der classischen juristischen Litteratur benutzt, welche die Resultate derselben dargelegt und entfaltet hatte. Man citierte nicht mehr den Prätor noch ein Volksgesetz, sondern den Papinian, Ulpian, Paulus u. s. f. Dabei ward kein Unterschied mehr gemacht, ob die betreffende Ansicht des Paulus oder Papinian gerade in einem responsum geäufsert war oder nicht. Die Autorität, welche die Responsenlitteratur seit dem Beginn des zweiten Jahrhunderts gewonnen hatte (§ 15), ging thatsächlich auf die juristische Litteratur überhaupt über. Es kam hinzu, dafs die Verleihung des jus respondendi an einzelne Juristen im Lauf des dritten Jahrhunderts aufgehört hatte; seit Diokletian war der Kaiser (durch seine Rescripte) der einzige autoritäre Respondent (§ 16). So hatte die spätere Zeit keinen Sinn mehr dafür, zwischen Juristen mit jus respondendi und Juristen ohne jus respondendi zu unterscheiden. Mit dem gleichen Anspruch auf Ansehen wie die Schriften patentierter Juristen wurden auch die Schriften solcher Juristen citiert, welche das jus respondendi nicht gehabt hatten, wenn ihnen nur das gleiche *litterarische* Ansehen zur Seite stand, welches die Schriften der berühmten, privilegierten Juristen auszeichnete. So ward für die Gerichte des 4. Jahrhunderts *Gajus*, welcher als Rechtslehrer unter Antoninus Pius und Marc Aurel geblüht hatte, und dessen Schriften durch griechische Flüssigkeit und Klarheit alle folgenden Jahrhunderte entzückten, der aber nie das jus respondendi besessen hatte, eine gleiche Autorität wie etwa Paulus und Papinian. Wenn man bei den patentierten Juristen ihre übrigen Schriften, bei deren Abfassung sie ja doch von ihrem jus respondendi keinen Gebrauch gemacht hatten, den Responsenschriften gleichstellte, so hatte es keinen Sinn, überhaupt noch an dem jus respondendi als Bedingung der gerichtlichen Autorität festzuhalten. Aus der Nichtunterscheidung der Schriften mufste die Nichtunterscheidung auch der Schriftsteller folgen. Es vollendete sich damit lediglich die Thatsache, dafs die Autorität der responsa auf die *Litteratur* sich übertrug.

Ein lebhaftes Bedürfnis ward durch diese Entwickelung befriedigt. Die alten Rechtsquellen, vor allem die Volksgesetze und das prätorische Edict, entzogen sich bereits, teils durch ihre Sprache, teils durch ihre eng verclausulierte, inhaltsschwere Fassung dem gemeinen Verständnis der Zeit. Weil man die alten Rechtsquellen selber nicht mehr zu handhaben vermochte, mufste an die Stelle ihres Gebrauchs ein erweiterter Gebrauch der aus ihnen erwachsenen juristischen Litteratur eintreten. Das jus, das Recht der älteren Entwickelungsstufen, war nur noch in der Form der Juristenschriften anwendbar: das jus (vetus) identificierte sich mit dem Juristenrecht.

Die kaiserliche Gewalt hatte hier nur die Aufgabe, teils abändernd, teils ergänzend und bestätigend einzugreifen. Dies geschah durch mehrere Citiergesetze, von denen das Citiergesetz Valentinians III. v. J. 426 das wichtigste ist. Valentinian III. bestätigte, was sich durch Herkommen gebildet hatte. Er gab den Juristenschriften, und zwar den Schriften des Papinian, Paulus, Ulpian, Gajus und Modestin, sowie den Schriften aller derjenigen, welche von diesen Schriftstellern citiert waren (damit ward der Umkreis der classischen Litteratur officiell begrenzt), gesetzesähnliche Kraft, so dafs der Richter an ihre Meinungen gebunden sein sollte[1]. Fanden sich über dieselbe Frage

---

1) Die Voraussetzung des Citiergesetzes ist, dafs die Schriften der genannten fünf grofsen Juristen (Papinian u. s. w.) gemein verbreitet und gemein bekannt sind. Das gleiche ist bei den Schriften der anderen, meist älteren, Juristen (Scaevola, Sabinus u. s. w.) nicht der Fall. Darum ist Voraussetzung für den Gebrauch dieser anderen Juristenschriften, dafs sie, wie das Gesetz sagt, codicum collatione firmentur. Der Sinn dieser letzteren Worte ist zweifelhaft. Die gewöhnliche Übersetzung: der Inhalt jener Schriften solle „durch Handschriftenvergleichung“ festgestellt werden, scheint ebenso wenig zutreffend, wie wenn man „codex Theodosianus“ übersetzen wollte „die Theodosianische Handschrift“. Codex ist nicht die „Handschrift“ als solche in unserem heutigen Sinn, sondern der Pergamentband, das „Buch“, das Buch insbesondere, welches mancherlei enthält, wie z. B. die codices accepti et expensi (unten § 68) oder die codices (die „Bücher“) der mathematici in l. 10 C. de episc. aud. (1, 4). So ist von einem „Gregorianus atque Hermogenianus codex“, d. h. von einer Gregorianischen und Hermogenianischen „Sammlung“ (vgl. die gesta de recip. cod. Theod.: ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis cunctas colligi constitutiones decernimus), und ebenso von dem

Meinungsverschiedenheiten, so sollte Stimmenmehrheit entscheiden, bei Stimmengleichheit die Stimme Papinians, eventuell, falls Papinian die Frage nicht beantwortet hatte, das Ermessen des Richters. Von einem Citieren der alten Rechtsquellen selber ist keine Rede mehr; die juristische Litteratur hat die Rechtskraft derselben überkommen. Das Citiergesetz Valentinians III. vollendete im Sinne seiner Zeit, was mit den responsa der alten pontifices und dem jus respondendi des Augustus seinen Anfang genommen hatte. Nie hat eine litterarische Bewegung einen vollkommeneren Erfolg erzielt.

L. 3 C. Th. de resp. prud. (1, 4) (Theodos. et Valentinian.): Papiniani, Paulli, Gaji, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gajum quae Paullum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni ejus opere reci-

---

„codex Theodosianus" und den beiden „codices" Justinians (nämlich von dem „codex juris enucleati", d. h. der Sammlung des Juristenrechts in den Digesten, und dem „codex constitutionum", vgl. const. Deo auctore § 11) die Rede. Danach würden jene Worte bedeuten: die Schriften der anderen Juristen (aufser den fünf) müssen durch die Zusammenstellung (collatio) der „Sammlungen" bestätigt sein, d. h. es können nur diejenigen Stellen benutzt werden, welche in die „Sammlungen" aufgenommen sind. Die einzig mögliche Deutung scheint, dafs man beabsichtigte, Sammlungen (codices) der Stellen aus anderen Juristenschriften zu machen, welche neben den Schriften von Papinian u. s. w. noch gebraucht werden sollten, also vergleichbar dem Plan, welcher in c. 5 C. Th. de const. princ. (1, 1) angedeutet und in Justinians Digestenwerk ausgeführt ist (nur dafs hier die Geltung sämtlicher Juristenschriften auf die aufgenommenen Excerpte beschränkt ward) (vgl. auch oben Anm. 2). Die Meinung wäre dann: vollständige Geltung der Schriften von Papinian, Ulpian, Paulus, Gajus und Modestin, excerptenweise Geltung der Schriften der übrigen, von Papinian u. s. w. citierten Juristen. Da diese Excerptensammlungen aus den Schriften der übrigen Juristen nicht hergestellt wurden, so ergab sich praktisch das von der westgotischen Interpretation des Valentinianischen Citiergesetzes ausgesprochene Resultat, dafs von den Schriften der übrigen Juristen nur die Stellen galten, welche bei den genannten fünf Juristen (Papinian u. s. w.) Aufnahme gefunden hatten. — Über die verschiedenen Erklärungen des Citiergesetzes vgl. Puchta, Cursus der Institutionen § 134; Danz, Lehrb. der Gesch. des röm. Rechts (2. Aufl.) § 78; Dernburg, Die Institutionen des Gajus S. 110 ff.; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. Bd. 1. S. 933. 934. Gegen die im vorigen vorgetragene Auffassung haben sich ausgesprochen Ferrini, Storia delle fonti di diritto Romano (Milano 1885) S. 112 ff. und A. Pernice in der Zeitschr. d. Sav.-Stiftung Bd. 7 S. 155.

tentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Juliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel si numerus aequalis sit, ejus partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Paulli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas (sicut dudum statutum est) praecipimus infirmari[2]. Ubi autem pares eorum sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat, eligat moderatio judicantis. Paulli quoque sententias semper valere praecipimus etc.

Zu dem jus (vetus) wurden herkömmlich auch die Sammlungen älterer Kaisererlasse (insbesondere der Rescripte) gezählt, unter denen der Codex Gregorianus (um 300) und die ihn ergänzende Nachtragssammlung des Codex Hermogenianus (im Lauf des vierten Jahrhunderts) hervorragten, beide vielleicht amtlich angeregt[3]). Der praktische Wert dieser Sammlungen

2) Den Gebrauch der von Ulpian und Paulus zu Papinians Werken geschriebenen kritischen Noten (Bruchstücke dieser notae sind neuerdings entdeckt worden, vgl. Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 2 S. 86 ff., Bd. 5 S. 175 ff. 185 ff.) hatte der Kaiser Constantin im J. 321 verboten, um perpetuas prudentium contentiones abzuschneiden; der Gebrauch der übrigen Schriften des Paulus, insbesondere seiner Sententiae (deren auch am Schlufs des obigen Valentinianischen Citiergesetzes ausdrücklich gedacht wird) war aber von ihm bestätigt worden, l. 1. 2 C. Th. de resp. prud. (1, 4). Man sieht, dafs im Beginn des vierten Jahrhunderts bereits alle Schriften (nicht blofs die responsa) der berühmten Juristen in den Gerichten gebraucht wurden, und dafs die Partei die von ihr angezogene Juristenschrift ins Gericht mitzubringen und dem Richter vorzulegen pflegte (l. 2 cit.: in judiciis prolatos). Daher denn auch das Bedürfnis nach sachlich geordneten Excerpten aus den Juristenschriften (vgl. oben Anm. 1) um so mehr sich geltend machte. Man konnte dann alle bezüglichen Stellen um so leichter dem Richter vorlegen. Eine Privatarbeit dieser Art ist in den sog. Fragmenta Vaticana (wahrscheinlich vom Ende des vierten Jahrhunderts) wenigstens teilweise erhalten. Dieselbe enthält Excerpte aus den Juristen (Papinian, Ulpian, Paulus) mit Einfügung kaiserlicher Constitutionen, nach Materien geordnet (vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgesch. Bd. 1 S. 969 ff.).

3) Eine ältere, private Rescriptensammlung waren die libri XX con-

bestand darin, daſs sie die Rescripte (so die zahlreichen Rescripte Diokletians) enthielten, welche in den Schriften der classischen Juristen noch keine Berücksichtigung hatten finden können.

Der eigentliche Träger des neuen Kaiserrechts (leges) war das edictum (im späteren Sinn), die öffentlich bekannt gegebene constitutio generalis. Für diese Constitutionen neuen Stils bedurfte es, ebenso wie für die Rescripte der nachclassischen Zeit, nur der Sammlung, ein Bedürfnis, welches der Codex Theodosianus, von Kaiser Theodos II. im Jahre 438 publiciert, und noch in demselben Jahr auch von Valentinian III. für das Westreich mit Gesetzeskraft verkündigt, befriedigte. Derselbe enthielt die seit Constantin erlassenen (allgemeinen) Constitutionen, unter Aufhebung aller aus dieser Periode nicht aufgenommenen Constitutionen.

Dem Codex Theodosianus folgte bis auf Justinian eine Reihe von einzelnen Kaisergesetzen nach, welche als Novellen (sog. posttheodosianische Novellen) bezeichnet und gesammelt wurden.

So waren zu Justinians Zeit folgende Quellen in Gebrauch: 1) die Juristenschriften nach Maſsgabe des Citiergesetzes von Valentinian; 2) die älteren Kaisererlasse (Codex Gregorianus und Hermogenianus); 3) der Codex Theodosianus und seine Novellen.

Aus diesem Stoff ist unser Corpus juris hervorgegangen.

II. Das Corpus juris Justinians. Kaiser Justinian (regierte 527—565) faſste den Plan, das gesamte geltende Recht in ein einziges Gesetzbuch zusammenzufassen. Zu diesem Zweck veranlaſste er eine doppelte Sammlung, eine des Juristenrechts (jus), eine andere des Kaiserrechts (leges). Dem Ganzen ward, zur Einleitung in das Gesetzbuch und in das Rechtsstudium, ein kurzes Lehrbuch (die Institutionen) vorausgeschickt. So zerfiel das Gesetzbuch in drei Teile: die Institutionen, die Digesten (oder Pandekten) und den Codex.

1. Die Institutionen (in 4 Büchern) sind ein kurzes, historisch-dogmatisch gehaltenes Lehrbuch des Justinianischen

---

stitutionum des Papirius Justus (zweite Hälfte des zweiten Jahrhunderts), die gleichfalls zum jus gerechnet und von Justinian daher in seinen Digesten excerpiert wurden (z. B. l. 60 D. de pactis 2, 14).

Rechts, von dem Reichsminister Tribonian und unter seiner Oberleitung von den beiden Professoren Theophilus und Dorotheus ausgearbeitet[4]. Ältere Institutionenwerke, so des Ulpian und Marcian, namentlich aber die Institutionen und die Res quotidianae des Gajus wurden dabei zu Grunde gelegt. Justinian publicierte die Institutionen als Teil seines Gesetzbuchs, mit gleicher Gesetzeskraft wie die übrigen Teile desselben.

Const. Imperatoriam (prooem. Inst.) vom 21. Nov. 533, Publicationspatent für die Institutionen.

Const. Tanta (l. 2 C. de veteri jure enucl. 1, 17) vom 16. Dec. 533, bezieht sich in den §§ 11. 23 auf die Institutionen und verordnet für die Institutionen wie für die Digesten Gesetzeskraft vom 30. Dec. desselben Jahres.

2. Die Digesten (oder Pandekten), in 50 Büchern, sind eine Sammlung von Excerpten aus Juristenschriften, also die Codification des jus (des Juristenrechts), durch eine Commission von Professoren und Advocaten unter Tribonians Leitung auf Justinians Befehl hergestellt. Für die Anordnung des Stoffes war im allgemeinen die Anordnung des prätorischen Edicts mafsgebend. Die Commission ward in drei Abteilungen geteilt, von denen jede eine bestimmte Gruppe von Schriften zu excerpieren hatte: die eine die Werke über das jus civile (sog. Sabinusmasse, weil die Schriften des Sabinus und seiner Commentatoren hier den Grundstock ausmachten), die andere die Werke über das prätorische Edict (sog. Edictsmasse), die dritte die Werke über einzelne Rechtsfragen und Rechtsfälle (sog. Papiniansmasse, weil hier die Schriften Papinians und seiner Commentatoren an Bedeutung die übrigen übertrafen). Jede Abteilung excerpierte für die einzelnen Materien die ihr zugewiesenen Schriften. Dann ward das Ganze zu einem Werke vereinigt, indem man unter jeder Rubrik die drei Gruppen an einander anfügte, unter nachträglicher Einschiebung von Excerpten aus solchen

---

4) Wahrscheinlich verfafste Dorotheus die beiden ersten Bücher (und den letzten Titel des 4. Buches), Theophilus die beiden letzten Bücher (mit Ausnahme des letzten Titels), jener mehr in byzantinischer Manier, dieser in einfacherer Art der Darstellung (Huschke in der Vorrede seiner Institutionenausgabe, 1868; Ed. Grupe, de Justiniani Institutionum compositione, Argentorati 1884).

Schriften, welche zunächst übersehen oder ausgeschieden waren (sog. Appendixmasse)[5]). Da es sich nicht um die Unterstützung historischer Forschung, sondern um die Herstellung eines praktischen Gesetzbuchs handelte, so empfing die Commission Vollmacht, mit den aufgenommenen Excerpten Änderungen vorzunehmen. Daher die sog. Interpolationen (emblemata Triboniani), durch welche die Stellen aus den Schriften der classischen Juristen mit dem Recht der Justinianischen Epoche in Einklang gesetzt wurden[6]). Die Controversen unter den juristischen Schriftstellern wurden beseitigt, indem nur eine Meinung in das Digestenwerk Aufnahme fand (oder wenigstens finden sollte). Das Individuelle verschwand, und die Harmonie des grofsen Ganzen blieb übrig[7]). Mit berechtigtem Selbstgefühl blickten Justinian und seine Räte auf ihre Arbeit. In der Hauptsache war das Werk gelungen. Die Summe der mehr denn tausendjährigen römischen Rechtsentwickelung war gezogen. An die Stelle des Meeres von Juristenschriften trat ein einheitliches, übersichtliches, planvoll durchgeführtes Werk. Die fernere Benutzung der Juristenschriften in ihrer ursprünglichen Form ward verboten, und die kaiserliche Auslese, eine Sammlung und zugleich eine Renaissance römischer Jurisprudenz, mit Gesetzeskraft verkündigt. Nie war ein Gesetzbuch aus edlerem Stoff verfertigt worden[8]).

---

5) Bluhme in der Zeitschrift f. gesch. Rechtswissensch. Bd. 4 (1820) S. 257 ff. — Benutzt wurden die Schriften aller derjenigen Juristen, denen das Valentinianische Citiergesetz Rechtskraft gegeben hatte, also die Schriften der fünf grofsen Juristen und die Schriften der von diesen citierten Autoritäten. Den Noten des Paulus und Ulpian zum Papinian (oben Anm. 2) ward ihre Geltung zurückgegeben. Von den Vorschriften des Citiergesetzes über die Geltung der Majorität bei Meinungsverschiedenheiten der Juristen ward die Redactionscommission ausdrücklich entbunden, c. 1 § 4. 6 C. de veteri jure enucl. (1, 17). Den Grundstock bildeten die Schriften Ulpians, dann des Paulus (oben S. 64 a. E.).

6) Vgl. Eisele, Zur Diagnostik der Interpolationen (Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 7 S. 15 ff.); Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten (ebendas. S. 45 ff.).

7) Die Grundlage für die Ausgleichung der Controversen ward der Commission durch 50 kaiserliche Verordnungen (die sog. quinquaginta decisiones) gegeben.

8) Die Einteilung der Digesten in 7 partes hatte nur Bedeutung für den damaligen Rechtsunterricht. Die pars prima (πρῶτα) umfafst die libb. I—IV:

Const. Deo auctore (an der Spitze des Corpus juris und in l. 1 C. de vet. jure enucl. 1, 17) vom 15. Dec. 530: Beauftragung des Tribonian mit der Abfassung des Digestenwerks.

Const. Tanta = const. Δέδωκεν (an der Spitze des Corpus juris und in l. 2 C. eod.) vom 16. Dec. 533: Publication des Digestenwerks mit Gesetzeskraft vom 30. Dec. desselben Jahres.

3. Der Codex in 12 Büchern ist eine Sammlung kaiserlicher Constitutionen (der Einzelentscheidungen alten Stils seit Hadrian und der allgemeinen Verordnungen neuen Stils), also die Codification des Kaiserrechts (leges). Schon im Jahre 528 hatte Justinian auf Grund des Codex Gregorianus und Hermogenianus (welche hier also den leges zugerechnet wurden) und des Codex Theodosianus sowie der später erlassenen Gesetze einen neuen Codex herstellen lassen, der im Jahre 529 vollendet und publiciert ward. Die sodann erfolgte Ausarbeitung der Digesten und der Institutionen, welche eine Reihe materieller Rechtsänderungen mit sich führte[9]), machte eine Umarbeitung des Codex notwendig. Der Codex von 529 ward aufgehoben, und ein neuer Codex im Jahre 534 publiciert. Dieser Codex zweiter Auflage (repetitae praelectionis) ist der Codex unseres Corpus juris. Unter jedem einzelnen Titel sind die aufgenommenen kaiserlichen Constitutionen in chronologischer Reihenfolge aufgeführt. Soweit es nötig war, half man auch hier durch Interpolationen, um den Inhalt älterer Kaisererlasse mit dem jetzt geltenden Rechte in Übereinstimmung zu bringen. Alle älteren Constitutionen wurden ihrer Giltigkeit entkleidet. Wie das jus nur noch in der Form des Digestenwerks, so galt das Kaiserrecht nur noch in der Form des neuen Codex von Justinian.

---

allgemeine Lehren; die pars secunda (de judiciis) die libb. V—XI: dingliche Klagen; die pars tertia (de rebus, scil. creditis) die libb. XII—XIX: persönliche Klagen; die pars quarta (umbilicus Pandectarum) die libb. XX—XXVII (Pfandrecht, Zinsen, Beweis, Ehe, Vormundschaft); die pars quinta die libb. XXVIII—XXXVI (Testamente, Vermächtnisse); die pars sexta die libb. XXXVII—XLIV (bonorum possessio, Intestaterbfolge u. a.); die pars septima die libb. XLV—L (Verschiedenes, darunter die libri terribiles XLVII. XLVIII: Strafrecht).

[9]) Insbesondere durch die 50 decisiones, oben Anm. 7.

Const. Haec quae necessario (vor dem Codex) vom 13. Febr. 528: verfügt die Abfassung eines neuen Codex (des Codex erster Auflage).

Const. Summa reipublicae (vor dem Codex) vom 7. April 529: Publication des Codex (erster Auflage).

Const. Cordi nobis (vor dem Codex) vom 16. Nov. 534: Publication des Codex zweiter Auflage mit Gesetzeskraft vom 29. Dec. desselben Jahres.

Damit war das Corpus juris Justinians fertig. Das gesamte geltende Recht war in eine abschliefsende Form gebracht worden. Alle drei Teile, Institutionen, Pandekten, Codex, sollten, obgleich zu verschiedenen Terminen publiciert, gleiche Geltung als Teile eines einzigen Gesetzbuchs haben. Um die Entstehung neuer Controversen zu vermeiden, ward die Abfassung von Commentaren verboten. Alle Zweifelsfragen sollten an den Kaiser selber zur Entscheidung gebracht werden. Damit hing die Notwendigkeit neuer Constitutionen (novellae constitutiones) zusammen, welche ziemlich zahlreich noch unter Justinian selber (535 bis 565) ergangen sind. Diese Novellen sind später gesammelt worden, vgl. oben S. 13. Die Sammlung der Novellen, welche von den Glossatoren zu Bologna gebraucht ward (das Authenticum) ist als vierter Teil des Corpus juris civilis im 16. Jahrhundert in Deutschland recipiert worden.

§ 18.

Das Ergebnis.

Als Justinian sein Corpus juris verfafste, war der Westen Europas in den Händen der deutschen Stämme, welche auf den Trümmern des abendländischen Kaiserstaates ihre Reiche aufgerichtet hatten. Das deutsche Recht galt aber (soweit nicht die Staatsverfassung in Frage kam) nur für den deutschen Eroberer, nicht für den unterworfenen Römer. In den deutschen Königreichen der Goten, Burgunder, Franken u. s. f. blieb daher das römische Privatrecht, Strafrecht, Procefsrecht grundsätzlich für die römisch geborene Bevölkerung unverändert bei Bestand. So war auch für die deutschen Könige ein Anlafs gegeben, dem

römischen Recht ihre Fürsorge angedeihen zu lassen, und in den deutschen Königreichen erfolgte — noch vor Justinian — genau dasselbe, was Justinian für das oströmische Reich vollbrachte, nämlich eine Codification des römischen Rechts. Man sieht, wie sehr schon seit dem 5. Jahrhundert das römische Rechtsleben der Codification, dem zusammenfassenden, die Rechtsprechung erleichternden Gesetzbuch zudrängte. Kaum war eine energisch functionierende Staatsgewalt vorhanden (und für das Abendland waren die deutschen Reichsgründungen mit politischer Wiedergeburt gleichbedeutend), so war die Codification des römischen Rechts ihre gewissermafsen naturnotwendige Leistung — im Westen wie im Osten.

So entstanden um das Jahr 500 (also etwa dreifsig Jahre früher als das Corpus juris Justinians) in den deutschen Königreichen die Leges Romanae, zusammenfassende Aufzeichnungen des Römerrechts. Den Gegensatz bildeten die von uns sogenannten Leges Barbarorum, die Aufzeichnungen des deutschen Stammesrechts. Die Lex Romana galt für die Römer, die Aufzeichnung des deutschen Rechts (die Lex Burgundionum, Wisigothorum u. s. f.) für die deutschen Angehörigen des Reichs.

In drei deutschen Reichen sind solche Leges Romanae verfafst worden, im ostgotischen, burgundischen und westgotischen Reich. Das Edictum Theodorici, von Theoderich d. Gr. (wahrscheinlich in den Jahren 511—515), ist die Lex Romana des Ostgotenreichs[1]), die Lex Romana Burgundionum (auch Papian genannt), von König Gundobad um das Jahr 500, ist die Lex Romana des Burgunderreichs[2]), die Lex Romana Wisigothorum (auch Breviarium Alarici genannt), von

---

[1]) Das Edictum Theodorici hat das Eigentümliche, dafs es nicht blofs für die Römer des ostgotischen Reichs, sondern auch für die Goten gelten sollte. Hier überwog noch die Vorstellung, dafs das ostgotische Reich einen Teil des römischen Kaiserreichs bilde, und dafs die Goten als römische Soldaten im Verkehr mit den Römern dem römischen Recht als dem geltenden Landesrecht unterworfen seien. Vgl. über das Edict jetzt Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 1 (1887) S. 365 ff.

[2]) Vgl. Brunner a. O. S. 354 ff. Über den Namen Papian (entstellt aus Papinian) siehe unten Anm. 5.

König Alarich II. im Jahr 506, ist die Lex Romana des westgotischen Reichs[3]).

Es war dieselbe Aufgabe, welche sich Justinian, und welche sich diese deutschen Könige gesetzt hatten. Aber wie anders ist diese Aufgabe hier, und wie anders ist sie dort gelöst worden!

Die ostgotische und die burgundische Lex Romana sind ein stammelnder Versuch, die Hauptsache dessen, was am römischen Recht als praktisch wichtig erschien, in kurzer Darstellung zur Anschauung zu bringen. Das Edictum Theodorici versucht es mit eigener Formulierung, die Lex Romana Burgundionum hat dadurch einen gewissen Vorzug, daſs sie sich mehr an römische Vorlagen anschlieſst. Vielleicht wurden hier wie dort bei der Abfassung Summarien (kurze Inhaltsangaben und Erläuterungen zu den Rechtsquellen) zu Hilfe genommen, wie sie die Litteratur des fünften Jahrhunderts im Anschluſs an den Rechtsunterricht hervorgebracht hatte[4]). Aber in beiden Rechtsbüchern ist der Geist des römischen Rechts vollständig ausgelöscht. Wir sehen ein römisches Recht, welches nur das Gröbste des Stoffes gerettet, alles aber, was Kunst der Behandlung, Schönheit der Form, Reichtum der Ideen bedeutet, in der groſsen Feuersbrunst der Völkerwanderung verloren hat. Ein unansehnlicher, verstümmelter, rauchgeschwärzter Torso ist übrig geblieben. Keine Spur mehr von dem, was einst groſs und herrlich gewesen war. Ja, das Selbstbewuſstsein des römischen Rechts ist untergegangen. Die beiden Leges zeigen bereits einen starken Ansatz zur Aufnahme deutschrechtlicher Gedanken. Schon ist das germanische Recht der stärkere Teil. Es ist im Begriffe, seine Weltherrschaft anzutreten. Vor diesem römischen Recht, wie es in der ostgotischen und burgundischen Lex Romana enthalten war, brauchte es sich nicht zu fürchten. Dies römische Recht hätte nimmermehr die Welt errobert.

Einen anderen Eindruck macht die Lex Romana des Westgotenreichs, das sog. Breviarium Alarici. Spanien war infolge

---

[3]) Vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgesch. Bd. 1 S. 976 ff.; Brunner a. O. S. 358 ff.

[4]) Wir besitzen noch solche Summarien zum Codex Theodosianus, vgl. Karlowa a. O. S. 963.

seiner geographischen Lage den Verheerungen der Völkerwanderung weniger ausgesetzt gewesen als die übrigen Teile des Abendlandes. Hier und in dem Gallien südlich von der Loire, das bis zum Jahr 506 zum Westgotenreich gehörte, hatte sich die letzte Energie des lateinischen Römertums erhalten. König Alarich konnte bei Abfassung seines Corpus juris Romani mit ganz anderen geistigen Kräften arbeiten als Theoderich, obgleich dieser Rom selber zu seinem Reiche zählte. Daher der Unterschied zwischen dem spanisch-gallischen Corpus juris und dem ostgotischen. Die Lex Romana Wisigothorum befolgte bereits ein ähnliches System, wie es später von Justinian eingehalten wurde. Sie verzichtete auf eine selbständige Darstellung des römischen Rechts, gab vielmehr Excerpte aus den überlieferten römischen Rechtsquellen, welche imstande waren, mit dem Stoff auch die classische Form zu bewahren. Den Hauptteil der Lex Romana Wisigothorum bildet der Codex Theodosianus (mit den posttheodosianischen Novellen) in abgekürzter Form, d. h. unter Weglassung vieler Constitutionen. Auf den Codex Theodosianus (die leges) folgen Stücke aus dem jus: die abgekürzten (in zwei Bücher zusammengezogenen) Institutionen des Gajus (der sog. westgotische Gajus), die Sententiae des Paulus, Stücke aus dem Codex Gregorianus und Hermogenianus, und eine Stelle aus Papinian (Ehren halber!), welche den Schlufs bildet[5]). Die aufgenommenen Stücke sind grundsätzlich unverändert gelassen worden, aber ihnen eine „interpretatio" beigefügt, welche den Gebrauch des römischen Rechts für das Westgotenreich in verständiger Weise reguliert (ein westgotischer Usus modernus Pandectarum), vielleicht, wenigstens teilweise, unter Benutzung von Summarien, wie sie die Litteratur darbot[6]). Nur der „liber Gaji" ist ohne interpretatio. Er war von den westgotischen Re-

---

[5]) In der Handschrift, in welcher die Lex Romana Burgundionum zuerst entdeckt wurde, folgte dieselbe unmittelbar (ohne Absatz) auf die Lex Romana Wisigothorum, so dafs die Überschrift des letzten Stückes der Lex Wisigothorum (Papinian. lib. I. responsorum) mit auf die Lex Romana Burgundionum bezogen wurde. Daher die Bezeichnung derselben als Papian, d. h. Papinian. Vgl. Brunner a. O. S. 356. 357.

[6]) Vgl. Fitting in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 11 (1873) S. 222 ff.

dactoren bereits in der abgekürzten (für die Zwecke des damaligen Rechtsunterrichts zurechtgemachten) Form vorgefunden worden, in welcher sie ihn aufnahmen, und schien in dieser Gestalt auch ohne weitere „Erläuterung“ bereits hinlänglich sowohl dem damaligen Rechtszustand wie dem gemeinen Verständnis angepafst zu sein.

Man sieht, dafs ein ganz anderer Quellenkreis herangezogen und wiedergegeben ist als in dem ostgotischen und dem burgundischen Römerspiegel. Hier war doch wenigstens das römische Kaiserrecht in seinem besten Teil erhalten, und ein Versuch gemacht, auch Teile der classischen römischen Jurisprudenz dem Rechtsleben zu bewahren. Die Folge war, dafs die ostgotische und burgundische Rechtsaufzeichnung mit dem Untergang der Reiche, welchen sie angehörten, jede weitere praktische Bedeutung einbüfsten, dafs aber das Breviarium Alarici, obgleich es für Spanien selber im siebenten Jahrhundert durch die Vereinigung von Römern und Goten unter einem einzigen Gesetzbuch (der neu bearbeiteten Lex Wisigothorum) beseitigt ward, dennoch lebenskräftig im Abendlande sich erhielt. Es ward die Lex Romana des europäischen Westens und beherrschte in dieser Eigenschaft (wenngleich vielfach nur durch das Mittel schlechter Auszüge) das romanische Rechtsleben in Südfrankreich und in einigen Teilen Süddeutschlands (Churrätien) bis in das 11. Jahrhundert. Ja, selbst in den deutschen Klosterschulen (so in St. Gallen, Reichenau) war im frühen Mittelalter (10. u. 11. Jahrh.) neben den deutschen Stammesrechtsaufzeichnungen das Breviar als Grundlage des Rechtsunterrichts im Gebrauch[7]). Italien aber hatte infolge der (wenngleich nur vorübergehenden) Eroberung durch Justinian das oströmische Corpus juris angenommen. So standen sich seit dem sechsten Jahrhundert das Corpus juris des Westgotenkönigs und das corpus juris Justinians gegenüber, das eine im Westen, das andere im Osten vorherrschend. Welches sollte das Corpus juris civilis der Zukunft sein?

Die Entscheidung fiel zu Gunsten des Justinianischen Rechtsbuchs aus. Die Glossatorenschule, welche im 12. Jahrhundert in Italien das Studium des römischen Rechts neu belebte, nahm von

---

[7]) Vgl. Fitting in der Zeitschr. d. Sav.-Stiftung Bd. 7 S. 86—90.

dem Corpus juris Justinians, zu dessen Geltungsgebiet Italien gehörte, ihren Ausgang, und mit dem Siegeslauf der italienischen Rechtswissenschaft verband sich der Einzug des oströmischen Corpus juris in die abendländische Welt. Dem Corpus juris des germanischen Königs ward durch das Corpus juris des Kaisers von Byzanz der Untergang gebracht.

Es war aber nicht etwa ein weltgeschichtlicher Zufall, welcher für das oströmische Corpus juris den Ausschlag gegeben hätte. In den äufseren Erfolgen der Justinianischen Arbeit kam vielmehr ihr innerer Wert zum Ausdruck. Und dieser innere Wert bestand darin, dafs die Sammlung Justinians imstande gewesen war, der juristischen Litteratur Herr zu werden, in den Auszügen des Digestenwerks den Geist römischer Rechtswissenschaft zu ergreifen und den folgenden Zeiten zu überliefern. So bedeutsam auch die Kaisergesetzgebung in die Gestaltung des praktischen Rechts eingegriffen hatte, hier lag doch nicht die Kraft römischen Rechtswesens, welche ihm die Ewigkeit verhiefs. Das Unvergleichliche, was dem römischen Recht gelungen war, lag ganz allein in der kunstgemäfsen Behandlung der privatrechtlichen Kasuistik, welche es verstanden hatte, mit den Gesetzen des Einzelfalls zugleich die Elemente und die ihnen eingeborenen Grundgesetze des Privatverkehrs überhaupt, vor allem des obligatorischen Verkehrs zu entdecken, welche das grofse Geheimnis gelöst hatte, das freie billige Ermessen mit fester Regel, die Geltung des concreten Privatwillens mit der Bindung an die ihm unverbrüchlich innewohnenden Gesetze zu vereinbaren. Allein in den Schriften der römischen Juristen aber war dies Meisterwerk des römischen Rechts vollbracht worden. Darum, wer die Juristen hatte, der hatte das wahre, echte, unsterbliche römische Recht. Diesem Ergreifen und Haben der Juristen war aber nicht jedermann gewachsen. Das sehen wir gerade an der Vergleichung des Justinianischen Gesetzbuchs mit den übrigen. Auch der Redactionscommission des Königs Alarich waren die grofsen Werke des Papinian, Ulpian, Paulus u. s. w. schwer und unverständlich geworden. Sie begnügte sich mit der leichten Speise, welche die kurzen „Sprüche“ (sententiae) des Paulus und das (bereits abgekürzte) Institutionenlehrbuch des Gajus darboten. Auf die Kraft der römischen Jurisprudenz war damit Verzicht geleistet worden.

Die Lex Romana Wisigothorum ist darum in der Hauptsache nur eine Sammlung von Ukasen (Kaiserconstitutionen), weiter nichts. Auch in der Gestalt des westgotischen Corpus juris wäre das römische Recht niemals von uns recipiert worden. Die Räte und Professoren Justinians aber vermochten noch, die grofsen Juristen zu lesen und sinngemäfs zu excerpieren. In ihrem Corpus juris allein blieb die Herrlichkeit des römischen Rechts sichtbar, die Herrlichkeit, welche sich nur zu zeigen brauchte, um die Welt zu ihren Füfsen zu sehen. In dem Corpus juris Justinians, und in ihm allein, ist das Meisterwerk römischer Rechtswissenschaft erhalten und für die Zukunft gerettet worden. Nur in der Form dieses Corpus juris konnte das römische Recht von uns recipiert werden. Und so ist es geschehen. Auch in dieser Hinsicht leben wir heute noch von den Leistungen, welche das byzantinische Geistesleben in Bewahrung und Überlieferung der Schätze des Altertums für uns vollbracht hat.

Das also war das grofse Werk, welches Justinian durch sein Corpus juris vollendete: das Kunstwerk des römischen Rechts hatte seinen endgiltigen Abschlufs und zugleich eine zusammenfassende Form gefunden, die es vor dem Verderben rettete. Jetzt konnte der römische Staat untergehen: das römische Recht war in den Stand gesetzt, das römische Reich zu überdauern.

Zweiter Teil.

Dogmatischer Teil.

---

§ 19.

Das System des Privatrechts.

Das Privatrecht ist das machtverteilende ethische Gesetz des wirtschaftlichen Gemeinlebens der Menschen. Es handelt von der Herrschaft der Person über Sachen und Sachwerte (§ 7). Das Privatrecht ist identisch mit dem Vermögensrecht.

Die Person erscheint daher im Privatrecht nur als Subject, nie als Object der Rechtsbefugnis. Das Personenrecht des Privatrechts ist identisch mit der Lehre von dem Subject der Privatrechte (d. h. Vermögensrechte); es handelt von der Vermögensfähigkeit.

Die Sache tritt umgekehrt im Privatrecht nur als Object der rechtlichen Herrschaft auf. Aber sie kann in zweifach verschiedener Weise dem berechtigten Willen unterworfen sein: unmittelbar (Sachenrechte) oder mittelbar, nämlich durch das Mittel der Handlung einer fremden Person, des Schuldners (Forderungsrechte). Die Bestimmung der Sachenrechte (z. B. des Eigentums) ist, die Machtsphäre des Berechtigten gegenwärtig und endgiltig zu erweitern: die Sachenrechte sind das Endziel des Vermögensverkehrs. Die Bestimmung der Forderungsrechte dagegen ist, durch die Handlung des Schuldners dem Gläubiger in der Zukunft eine Sache oder einen Sachwert zuzuführen: die Forderungsrechte sind das Mittel des Vermögensverkehrs. Sachenrecht und Obligationenrecht (letzteres die Lehre von den Forderungsrechten enthaltend) handeln von den Arten der Vermögensrechte.

Aber die Vermögensrechte treten nicht blofs einzeln im Verkehr auf. Die Gesamtheit des Vermögens wird von der familienrechtlichen Stellung seines Inhabers und vom Erbgang betroffen.

Davon handeln Familienrecht und Erbrecht. Das Familienrecht entwickelt die Wirkungen der familienrechtlichen Stellung des einzelnen auf sein Vermögen, das Erbrecht die Wirkung des Todes auf das Vermögen des Verstorbenen. Weil die Wirkungen der Familienverhältnisse auf das Vermögen durch die Natur dieser Verhältnisse bedingt sind, so pflegt mit der Darstellung der vermögensrechtlichen Wirkung der Familienverhältnisse (Familiengüterrecht) die Darstellung der Rechtssätze über die Familienverhältnisse selber (sog. reines Familienrecht) verbunden zu werden.

Das System des Privatrechts hat also drei grofse Glieder: die Lehre von der Vermögensfähigkeit (Personenrecht), die Lehre von den Vermögensbestandteilen (Sachenrecht und Obligationenrecht) und die Lehre von der Vermögensgesamtheit (Familienrecht und Erbrecht). Der Lehre von den Vermögensbestandteilen (Sachenrecht und Obligationenrecht), welche gewöhnlich unter dem Namen „Vermögensrecht" (im engeren Sinne) zusammengefafst wird, ist ein allgemeiner Teil, die Grundsätze entwickelnd, welche gemeinsam von allen Vermögensrechten gelten, voranzuschicken. So ergiebt sich das folgende System:

I. Personenrecht (Lehre vom Subject des Vermögens).

II. Vermögensrecht (Lehre von den Bestandteilen des Vermögens).
   1. Allgemeiner Teil.
   2. Sachenrecht.
   3. Obligationenrecht.

III. Familien- und Erbrecht (Lehre von der Gesamtheit des Vermögens).
   1. Familienrecht.
   2. Erbrecht.

In all dem Detail der Darstellung wird immer der eine Grundgedanke wiederkehren: das Privatrecht ist identisch mit dem Vermögensrecht.

Erstes Buch.

Personenrecht.

§ 20.

Begriff und Arten der Person.

Eigentum, Forderungsrechte, Schulden haben können, das heifst für das Privatrecht: Person sein. Person im Sinne des Privatrechts ist ein vermögensfähiges Subject.

Es giebt zwei Arten von Personen (im Sinn des Privatrechts): physische und juristische Personen. Eine physische Person ist der vermögensfähige Mensch; eine juristische Person ist ein vermögensfähiges Subject, welches nicht Mensch ist (z. B. der Staat, die Stadtgemeinde). Der Mensch ist der Zielpunkt alles Rechts. Gewisse Güter sollen aber, um bestimmter Zwecke (z. B. der Staatszwecke, Gemeindezwecke) willen, der willkürlichen Verfügung aller einzelnen Menschen entzogen sein und werden deshalb einem unsichtbaren Subject (der juristischen oder „moralischen" Person) zugeschrieben. Es giebt zwei Arten von juristischen Personen: Corporationen, d. h. vermögensfähige Personengesamtheiten (z. B. Gemeinden, eine Universität, der Staat), und Stiftungen, d. h. vermögensfähige Anstalten (z. B. ein Hospital, dem die Vermögensfähigkeit verliehen worden ist).

Die Vermögensfähigkeit des Menschen beginnt erst mit seiner vollendeten Geburt. Der Rechtssatz: nasciturus pro jam nato habetur, quoties de commodo ejus agitur, bedeutet nur, dafs die Rechtsfähigkeit des natus sich unter Umständen nach einem Zeitpunkt bestimmt, in welchem er erst nasciturus war. Eine Erb-

schaft wird deshalb dem nasciturus offen gehalten, so dafs der natus sie erwirbt, als wenn er schon damals (im Moment des Erbfalls) geboren gewesen wäre.

Der Begriff der juristischen Person war dem älteren römischen Recht unbekannt. Das jus privatum war durchaus ein Recht nur für die Einzelperson, und daher nur die physische Person (Einzelperson) Rechtssubject auf dem Gebiete des altrömischen Privatrechts. Es gab Vereine (collegia, sodalitates), aber keine vermögensfähigen Vereine: das für die Zwecke des Vereins bestimmte Vermögen mufste formell als Vermögen eines einzelnen (eines Mitgliedes) gestellt und behandelt werden. Der Staat (populus Romanus) hatte allerdings als solcher Vermögen (ager publicus, aerarium u. s. w.) und stand im Vermögensverkehr durch Abschlufs von Rechtsgeschäften (Verpachtung, Kauf u. dgl.), aber für sein Vermögen und seine Rechtsgeschäfte galt k e i n jus privatum, sondern jus publicum, so dafs auch der Staat n i c h t als Rechtssubject auf dem Gebiete des Privatrechts erschien. Seine Güter waren vielmehr als res publicae dem Privatrecht e n t z o g e n (res extra commercium, vgl. § 46), und aus seinen Rechtsgeschäften konnte nicht vor den ordentlichen Civilgerichten geklagt werden. Der Staat gab nicht Recht wie ein Privatmann. Er war, auch in seinen vermögensrechtlichen Beziehungen, durchaus dem einzelnen Bürger lediglich übergeordnet, nicht gleichgeordnet. Darum schützte er sein Vermögen (die res publicae) grundsätzlich selber durch Verwaltungshandlungen seiner Magistrate, und konnte aus den Rechtsgeschäften des Staates nicht gegen ihn geklagt, sondern gleichfalls nur der Verwaltungsweg durch Beschwerde bei den Staatsbehörden beschritten werden. Den res publicae waren die res sacrae (die den Göttern geweihten Sachen) wesentlich gleichgestellt. Auch diese res sacrae waren dem Privatrecht e n t z o g e n (extra commercium) und wurden im Wege des Verwaltungsverfahrens geschützt, so dafs auch in Bezug auf diese res sacrae n i c h t die Idee des Privateigentums einer juristischen Person (etwa der Götter oder einer Cultusanstalt), sondern vielmehr der A u s s c h l u f s vom Privateigentum durchgesetzt wurde. Auf dem Gebiete des jus privatum war nur die Einzelperson (physische Person), wie auf dem Gebiete des jus publicum (und des jus sacrum) nur der Staat berechtigt.

Der Begriff einer in das Privatrecht als Rechtssubject eintretenden Gesamtperson (juristischen Person) ist erst gegen das Ende der Republik mit dem Aufkommen der Municipalverfassung ausgebildet worden. Das Vermögen der Stadtgemeinde (municipium) ward dem Privatrecht unterstellt und die Stadtgemeinde damit als Person in das Privatrecht aufgenommen. Nach Vorbild der Stadtgemeinde (ad exemplum rei publicae) sind auch die erlaubten Vereine (collegia, sodalitates, universitates) als vermögensfähig auf dem Gebiete des Privatrechts anerkannt worden. Ja, nachdem das kaiserliche Vermögen (fiscus Caesaris) immer entschiedener die Rolle eines Staatsvermögens übernommen hatte, trat endlich auch der römische Staat als fiscus in die Reihe der Privatpersonen ein, wenngleich er in einer Reihe von fiscalischen Privilegien immer noch eine Erinnerung an seine ursprüngliche Befreiung vom Privatrecht bewahrte.

Damit war das römische Recht der Kaiserzeit zur vollen Ausbildung des Begriffs der juristischen Person gelangt. Doch ist die geschichtliche Entwickelung, welche zu diesem Ergebnis geführt hatte, an der Art und Weise, wie dies Ergebnis formuliert und in das wissenschaftliche Denken aufgenommen wurde, sichtbar geblieben. Das jus privatum ist auch den Juristen der Kaiserzeit noch immer das für die Einzelperson geltende Recht, das jus quod ad singulorum utilitatem spectat (Ulpian in l. 1 D. 1, 1). Die Gesamtperson (der Staat, die Gemeinde, der Verein) kann in das so gedachte System des Privatrechts nur aufgenommen werden, indem sie rechtlich als Einzelperson vorgestellt, d. h. indem sie kraft Fiction nicht als Gesamtperson, sondern als Einzelperson behandelt wird. Die juristische Person ist daher den römischen Juristen eine fingierte Person, nämlich eine fingierte Einzelperson. Es bleibt die Idee, daſs in Wahrheit kein privatrechtsfähiges Subject da ist (der Staat, die Gemeinde, der Verein sind keine Einzelpersonen), daſs daher die Güter solcher „Personen" in Wahrheit res nullius, keiner Person gehörig sind, daſs die Gemeinde, der Verein nur „personae vice fungitur", nur „Personenrolle" hat, nicht eine wirklich vorhandene Person (Einzelperson) darstellt. Das römische Privatrecht ist Recht des Individuums geblieben. Um des Privatrechts teilhaftig zu werden, muſsten Staat, Gemeinde und Verein als fingierte Individuen behandelt werden.

Die moderne Wissenschaft strebt über den römischen Begriff der juristischen Person hinaus. Sie nimmt neben der Einzelperson die Gesamtperson als solche in das Privatrecht auf. Sie befreit sich von der römischen Fiction, um die organisierten Personenverbände, diese realen Gröfsen unseres öffentlichen Lebens, als ebenso reale wirklich vorhandene Gröfsen in das Privatrecht eintreten zu lassen. Das Privatrecht erscheint uns nicht mehr als das Recht des Individuums (formale Begriffsbestimmung), sondern als das Recht der Vermögensverhältnisse, und in dies Vermögensrecht sehen wir neben einander eintreten die vermögensfähige Einzelperson (physische Person) und die vermögensfähige Gesamtperson (juristische Person). Es sind im wesentlichen zugleich deutschrechtliche und moderne Ideen, welche an dieser Stelle den Sieg über die römische Auffassung davon getragen haben [1]).

L. 7 D. de statu hom. (1, 5) (PAULUS): Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit.

L. 1 D. quod cujusque univ. nom. (3, 4) (GAJUS): Neque societas neque collegium neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur; nam et legibus et senatusconsultis et principalibus constitutionibus ea res coërcetur. Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum, vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt. § 1: Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum reipublicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat.

L. 7 § 1 eod. (ULPIAN.): Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.

---

[1]) Vgl. Mommsen, De collegiis et sodalitiis Romanorum (1843) und von der neueren Litteratur namentlich Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht Bd. 3 (1881) S. 34—106.

L. 1 pr. D. de div. rer. (1, 8) (GAJUS): Res, quae humani juris sunt, aut publicae sunt aut privatae. Quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur: privatae autem sunt, quae singulorum sunt.

L. 22 D. de fidej. (46, 1) (FLORENTINUS): Hereditas personae vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas.

An der Hand des römischen Rechts unterscheiden wir drei status (d. h. Stufen der menschlichen Rechtsfähigkeit): den status libertatis (die Menschen sind entweder Freie oder Sklaven), den status civitatis (die Freien sind entweder Bürger von Rom oder Nichtbürger), den status familiae (der römische Bürger ist entweder paterfamilias oder filiusfamilias).

L. 11 D. de cap. min. (4, 5) (PAULUS): Tria sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam.

§ 21.

Der Sklav.

Die Sklaverei vernichtet den Adel der Persönlichkeit, sie setzt den Menschen rechtlich dem Tier gleich. Sklav ist ein Mensch, welcher rechtlich nicht Person, sondern Sache ist. Der Sklav ist der Willkür des Herrn preisgegeben; der Herr hat an ihm Eigentum, dominium (Gewalt über den Leib des Sklaven). Trotzdem ist der Sklav der Träger einer natürlichen Persönlichkeit, und er ist auch vom römischen Recht in dieser Eigenschaft anerkannt worden. Der Sklav kann Rechtsgeschäfte abschliefsen, kann Vermögen seines Herrn selbständig verwalten (das sog. peculium, vgl. § 75), er kann Delicte begehen, ja er kann nach der Lehre der classischen Jurisprudenz durch die von ihm geschlossenen Contracte selber „naturaliter“ (d. h. ohne dafs eine Klage gegen ihn möglich wäre, vgl. § 71 a. Anf.) verpflichtet werden[1].

[1]) Aus Delicten der Sklaven haftet der Herr mit der Noxalklage (§ 73 Nr. 5); ist der Sklav freigelassen, so kann gegen ihn selber geklagt werden. Aus Contracten des Sklaven kann dagegen überall nicht geklagt werden, auch nicht gegen den freigelassenen Sklaven, doch kann, wie für andere Naturalobligationen, so auch für die naturalis obligatio servi giltig Bürgschaft und Zahlung geleistet werden (aus der Bürgschaft kann gegen den Bürgen geklagt, das Gezahlte kann nicht zurückgefordert werden).

Der Sklav ist Träger eines Willens, welcher nach Maſsgabe der soeben aufgeführten Rechtssätze auch seine rechtliche Geltung findet. Nur daſs der Wille, überhaupt die geistige Begabung des Sklaven von Rechts wegen grundsätzlich für den Herrn arbeitet. Der Herr hat an dem Sklaven nicht bloſs Eigentum wie an einer Sache, sondern andererseits eine Gewalt ähnlich wie über seinen Sohn, die potestas dominica, d. h. eine Gewalt auch über den Willen des Sklaven. Alles was der Sklav erwirbt, erwirbt er dem Herrn.

Die Gesetzgebung der Kaiserzeit hat der leibherrlichen Gewalt auch rechtlich eine Schranke gezogen, um den Sklaven gegen Miſshandlung, die Sklavin gegen Prostitution zu schützen.

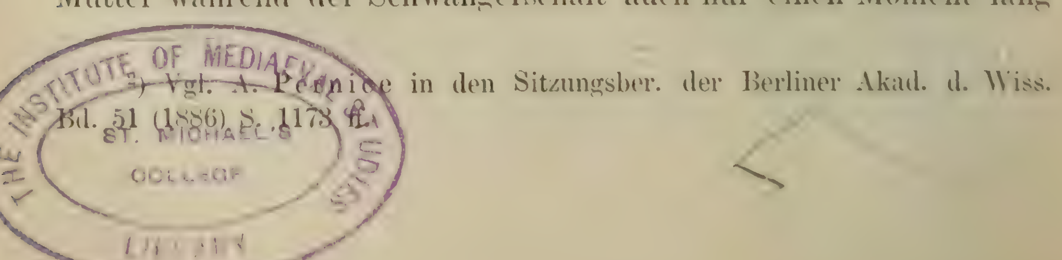
Im Gebiete des jus sacrum erschien der Sklave von vorneherein in gewissen Grenzen als Person: Gelübde (votum) und Eid können den Sklaven den Göttern gegenüber giltig verpflichten; das Grab des Sklaven ist locus religiosus (§ 46 I a); der Sklav erscheint als Mitglied geistlicher Genossenschaften [2]).

Gaj. Inst. I § 52: In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas juris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse: et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur.

L. 1 § 8 D. de off. praef. urbi (1, 12) (Ulpian.): Quod autem dictum est, ut servos de dominis querentes praefectus audiat, sic accipiemus: ... si saevitiam, si duritiam, si famem, qua eos premant, si obscenitatem, in qua eos compulerint vel compellant, apud praefectum urbi exponant. Hoc quoque officium praefecto urbi a d. Severo datum est, ut mancipia tueatur, ne prostituantur.

Gaj. Inst. I § 53: ... ex constitutione imperatoris Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri jubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et ... praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere.

Der Mensch wird Sklav entweder durch Geburt von einer unfreien Mutter (es genügt jedoch zu seiner Freiheit, wenn die Mutter während der Schwangerschaft auch nur einen Moment lang


THE INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES ST. MICHAEL'S COLLEGE LIBRARY

²) Vgl. A. Pernice in den Sitzungsber. der Berliner Akad. d. Wiss. Bd. 51 (1886) S. 1178 ff.

frei war), oder durch Kriegsgefangenschaft, oder durch Strafurteil (servus poenae, z. B. infolge der Verurteilung zu den Bergwerken oder zum Tod durch wilde Tiere).

Der Sklav wird frei durch die Freilassung (manumissio), d. h. durch positive Zuwendung der Freiheit seitens seines Herrn. Das altrömische Recht hat eine Reihe von Formen für die Freilassung entwickelt.

1) Die manumissio vindicta (die älteste Form) ist die Freilassung durch das Mittel der in jure cessio (vgl. oben S. 31. 32): ein Dritter nimmt den Sklaven vor dem Prätor als frei in Anspruch (vindicatio in libertatem), den Sklaven dabei mit dem Stabe (vindicta) berührend; der Herr gesteht die Freiheit zu; der Prätor erklärt den Sklaven für frei. Die Form des Processes fiel später fort, und nur die Erklärung des Freilassungswillens vor der Gerichtsobrigkeit blieb übrig.

Ulp. tit. 1 § 7: Vindicta manumittuntur apud magistratum populi Romani, velut consulem praetoremve vel proconsulem.

L. 8 D. de manum. vind. (40, 2) (Ulpian.): Ego cum in villa cum praetore fuissem, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset.

2) Die manumissio censu, d. h. durch Eintragung in die Bürgerlisten.

3) Die manumissio testamento, d. h. durch directe testamentarische Zuwendung der Freiheit. Der Testator selber macht den Sklaven frei in dem Augenblick, in welchem das Testament wirksam wird: der Sklav ist der Freigelassene eines Verstorbenen (des Erblassers) und heifst daher „libertus orcinus“. Anders, wenn die Freiheit im Testament nur indirect gegeben wird, d. h. wenn der Testator nur dem Erben auferlegt, er solle den Sklaven freilassen (fideicommissaria libertas). Dann wird der Sklav nicht durch das Testament frei (also nicht, wie vorher, ipso jure im Moment der Wirksamkeit des Testaments), sondern erst dann, wenn der Erbe die Auflage erfüllt und die Freilassungshandlung (z. B. vindicta) vornimmt. Der Sklav ist dann der Freigelassene eines Lebenden (des Erben), und ist nicht testamento, sondern vindicta (oder censu, oder in ecclesia, oder formlos) freigelassen worden.

Ulp. tit. 2 § 7: Libertas et directo potest dari hoc modo: LIBER ESTO, LIBER SIT, LIBERUM ESSE JUBEO, et per fideicommissum, ut puta: ROGO, FIDEI COMMITTO HEREDIS MEI, UT STICHUM SERVUM MANUMITTAT. § 8: Is, qui directo liber esse jussus est, orcinus fit libertus; is autem, cui per fideicommissum data est libertas, non testatoris, sed manumissoris fit libertus.

Durch die Gesetzgebung Constantins trat hinzu:

4) Die manumissio in ecclesia, d. h. durch Erklärung des Freilassungswillens vor dem Bischof und der Gemeinde.

Die formlose Freilassung war nach Civilrecht ungiltig; nur der Prätor schützte den formlos Freigelassenen im Genufs der Freiheit und versagte daher dem Herrn in solchem Fall die vindicatio in servitutem. Der gleiche prätorische Schutz ward demjenigen zuteil, welcher zwar formrichtig, aber von einem blofs bonitarischen Eigentümer (nur nach jus honorarium am Sklaven Eigentumsberechtigten, vgl. § 49) freigelassen worden war. Die lex Junia Norbana[3]) gab dann allen diesen tuitione praetoris im Besitz der Freiheit befindlichen Freigelassenen rechtliche Freiheit, aber nur latinische Freiheit (Latini Juniani, vgl. § 22). Justinian endlich verlieh auch den unfeierlich Freigelassenen (der Gegensatz von bonitarischem und quiritarischem Eigentum ward durch ihn beseitigt, § 49) die gleiche Freiheit wie den formell Freigelassenen, nämlich die Freiheit eines römischen Bürgers, falls nur zu der schriftlichen (per epistulam) oder mündlichen (inter amicos) Erklärung des Freilassungswillens fünf Zeugen zugezogen waren, oder der Sklav mit dem „Hut des Freien" (pileatus) an dem Leichenbegängnis des Herrn Anteil genommen hatte.

L. un. § 1 C. de Lat. lib. toll. (7, 6) (Justinian.): Sancimus itaque, si quis per epistulam servum suum in libertatem producere maluerit, licere ei hoc facere, quinque testibus adhibitis, qui post ejus litteras . . . suas litteras supponentes fidem perpetuam possint chartulae praebere. Et si hoc fecerit . . . libertas servo competat quasi ex imitatione codicilli delata, ita tamen, ut et ipso patrono

---

[3]) Sie pflegt in das Jahr 19 n. Chr. gesetzt zu werden, doch ist ihr Datum, sowie ihr Name (ob nur: lex Junia?) streitig, vgl. Mommsen in Bekkers u. Muthers Jahrb. d. gem. Rechts Bd. 2 S. 338; Schneider in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 5 S. 225 ff., Bd. 7 S. 31 ff.

vivente et libertatem et civitatem habeat Romanam. § 2: Sed et si quis inter amicos libertatem dare suo servo maluerit, licebit ei, quinque similiter testibus adhibitis, suam explanare voluntatem: et . . . servi ad libertatem producantur Romanam quasi ex codicillis similiter libertatem adipiscentes. § 5: Sed et qui domini funus pileati antecedunt . . . si hoc ex voluntate fiat testatoris vel heredis, fiant ilico cives Romani.

Der rechtsgiltig Freigelassene (libertus) wird römischer Bürger, aber ohne die vollen Bürgerrechte. Er hat Stimmrecht (wenigstens zur Zeit der Republik) nur in einer der vier tribus urbanae, wo er also mit der ganzen Masse des Stadtpöbels sich zusammenfindet (von den angeseheneren tribus rusticae ist er ausgeschlossen), und entbehrt des jus honorum (des passiven Wahlrechts), sowie der Fähigkeit, in den Senat, in den Rat (curia) einer Landstadt (municipium) oder in die Legion einzutreten. Noch hängt ihm der Makel seiner unfreien Geburt an. So mag er der Privatrechtsfähigkeit eines römischen Bürgers (jus commercii und jus connubii)[4]) teilhaftig sein; die volle Teilnahme aber am Staat bleibt ihm versagt.

Die Freilassung ist eine Art von Wiedergeburt. Der Herr (patronus) tritt daher zu seinem Freigelassenen in ein vaterähnliches Verhältnis. Das Patronat besteht in dem väterlichen Erb- und Vormundschaftsrecht gegen den libertus, in einem Recht auf Ehrerbietung (wie gegen einen Sohn), auf Alimente (falls der Patron verarmt) und auf Dienste (auf welche geklagt werden kann, falls der Freigelassene sie nach der Freilassung, und nicht in einer die Freiheit schmälernden Weise versprach).

Auf die Kinder des Patrons vererben sich die Rechte des Patronats. Die Kinder des Freigelassenen aber sind ingenui.

Durch kaiserliche Verfügung kann der Freigelassene zum Freigeborenen (ingenuus) erklärt werden (sog. natalium restitutio). Dadurch erlischt mit den übrigen Beschränkungen seiner Freiheit auch das Patronatsverhältnis. Die kaiserliche Verleihung des jus

---

[4]) Doch verbot die lex Julia und die lex Papia Poppaea Ehen zwischen Senatoren (und deren Kindern) einerseits und Freigelassenen andererseits (unten § 86).

aureorum anulorum (des Ritterringes, welcher in der Kaiserzeit von allen Freigeborenen getragen wurde) machte zwar gleichfalls vollfrei, liefs aber das Patronatsverhältnis unberührt. Das jus anulorum und die natalium restitutio hat Justinian dann durch allgemeines Gesetz (Nov. 78 cap. 1. 2. 5) allen Freigelassenen gegeben, die letztere jedoch nur für den Fall, dafs der Patron auf seine Patronatsrechte Verzicht leistet. Der Freigelassene dieses neuen Justinianischen Rechts ist als solcher vollfrei. Das öffentliche Recht der byzantinischen Despotie, in welchem die alte Bürgerfreiheit ihren Untergang gefunden hat, ist gegen den Makel der Geburt unempfindlich.

L. 7 § 2 D. de injur. (47, 10) (Ulpian.): Etenim meminisse oportebit, liberto adversus patronum non quidem semper, verum interdum injuriarum dari judicium, si atrox sit injuria, quam passus sit, puta si servilis; ceterum levem cohercitionem utique patrono adversus libertum dabimus.

L. 1 § 5 D. quar. rer. act. (44, 5) (Ulpian.): Quae onerandae libertatis causa stipulatus sum, a liberto exigere non possum; onerandae autem libertatis causa facta bellissime ita definiuntur, quae ita imponuntur, ut, si patronum libertus offenderit, petantur ab eo, semperque sit metu exactionis ei subjectus, propter quem metum quodvis sustineat patrono praecipiente.

Schon gegen das Ende der Republik machten sich die Freigelassenen als eine zahlreiche, nicht gerade dem Gemeinwesen förderliche Classe merklich. Nicht immer die besten Elemente waren es, deren die Herren durch Freilassung sich entledigten, und auf alle Fälle kam mit dem Sklavenblut viel fremdes Blut — griechisches, syrisches, phönikisches, jüdisches, afrikanisches Wesen — in die römische Bürgerschaft. Man sah sich deshalb nach Mafsregeln zur Beschränkung der Freilassung um, und so verordnete z. B. die lex Aelia Sentia (4 n. Chr.), dafs verbrecherische Sklaven durch Freilassung nicht römische Bürger, sondern nur dediticii (heimatlose Peregrinen, vgl. § 22) werden sollten, denen der Aufenthalt in Rom, sowie der Erwerb des Bürgerrechts auf immer versagt blieb; zu einer vollgiltigen Freilassung gehört ferner nach derselben lex Aelia Sentia, dafs der Herr mindestens 20 Jahre, der Sklav mindestens 30 Jahre alt ist; fehlt etwas an dem Alter, so kann nur vindicta, also unter Mitwirkung der Gerichts-

obrigkeit, und nur nachdem das consilium, d. h. der Beirat des Magistrats [5]), sich von dem Vorhandensein besonderer Gründe für die Freilassung überzeugt hat, vollgiltig freigelassen werden. Zum dritten (gleichfalls nach der lex Aelia Sentia): die Freilassung, welche der insolvente Schuldner zum Nachteil seiner Gläubiger (in fraudem creditorum) vornimmt, ist ungiltig. Die lex Fufia Caninia, welche für die testamentarische Freilassung gewisse Maximalgrenzen zog (ex tribus servis non plures quam duos, usque ad X dimidiam partem manumittere concessit, etc.) ist von Justinian aufgehoben worden (tit. I. 1, 7: de lege Fufia Caninia sublata).

Anmerkung. Verwandte Verhältnisse. Statu liber ist der im Testament unter einer Bedingung oder mit einer Fristbestimmung (erst von einem bestimmten Tage an soll er frei sein) Freigelassene. Bis zum Eintritt der Bedingung oder des Termins steht er unter Sklavenrecht; aber sowie die Bedingung erfüllt oder der Termin gekommen ist, wird er von selber (ipso jure) frei, auch wenn er inzwischen (infolge von Veräufserung oder Verpfändung seitens des Erben, oder durch Ersitzung) in fremdes Eigentum übergegangen wäre (seu alienetur ab herede seu usu capiatur ab aliquo, libertatis condicionem secum trahit: Ulpian. tit. 2 § 3). — Bona fide servire heifst es von dem Freien, welcher in gutem Glauben als Sklave eines Herrn lebt. So lange dieser Zustand dauert, gilt für seine Rechtsgeschäfte Sklavenrecht. — In libertate esse heifst es von dem Sklaven, welcher thatsächlich wie ein Freier lebt. Er steht unter Freienrecht (so lange der Zustand dauert). — Clienten waren im alten Recht die zu Abgaben, Diensten, auch zur privaten Kriegsfolge verpflichteten erblichen Schutzhörigen einer patricischen Familie, der Zucht und Familiengewalt ihres Herrn (patronus) unterworfen, nur durch das (im jus sacrum wirksame) Treuverhältnis geschützt, welches zwischen Herrn und Clienten (Muntmannen) waltete. — Colonen sind die Grundhörigen der späteren Kaiserzeit, persönlich frei, aber dinglich unfrei, glebae adscripti (sie dürfen das Grundstück nicht verlassen, gehören zum Gut), ganz den Leibeigenen späterer Zeiten vergleichbar. Vgl. l. 1 § 1 C. de colon. Thracensib. (11, 52) (Theodos. II.): Licet condicione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt, aestimentur nec recedendi, quo velint, aut permutandi loca habeant facultatem, sed possessor eorum jure utatur et patroni sollicitudine et domini potestate.

---

[5]) Die Zuziehung eines consilium seitens des Magistrats war durchaus die Regel; für diesen Fall machte das Gesetz dieselbe obligatorisch und schrieb zugleich die Zusammensetzung des consilium vor: Romae quinque senatores et quinque equites Romani, in provinciis viginti reciperatores cives Romani. Ulpian. tit. 1 § 13. Vgl. unten § 34 Anm. 3.

§ 22.

Cives und peregrini.

Civis ist der römische Bürger. Er hat die volle öffentliche Rechtsfähigkeit (jus suffragii und jus honorum) und die volle privatrechtliche Rechtsfähigkeit (jus commercii und jus connubii) des römischen Rechts. Er ist rechtsfähig nicht blofs nach jus gentium, sondern auch nach jus civile: er kann eine römische Ehe schliefsen, ein römisches Testament machen, römisches Eigentum (ex jure Quiritium) haben u. s. f. Der Peregrine (Nichtbürger von Rom, aber, mit Ausnahme der dediticii, Bürger einer anderen Gemeinde) ist dagegen vom römischen öffentlichen Recht völlig ausgeschlossen und ist auf dem Gebiet des römischen Privatrechts nur rechtsfähig nach jus gentium — es sei denn dafs ihm das jus commercii oder das jus connubii durch Privileg verliehen wurde. So kann der Peregrine als solcher kein echtes römisches Eigentum (dominium ex jure Quiritium), ebenso keine römische patria potestas, keine römische eheherrliche Gewalt (manus), keine römische Tutel (Vormundschaft) haben. Er kann nicht durch mancipatio erwerben; er kann kein römisches Testament machen, noch in dem Testament eines römischen Bürgers zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht oder zum Vormund ernannt werden, noch auch nur als Zeuge an einem dieser Rechtsgeschäfte des Civilrechts sich beteiligen. Die Rechts- und Verkehrsfähigkeit nach römischem jus civile (im engeren Sinn) ist grundsätzlich nur dem römischen Bürger zuständig.

Keineswegs, als ob der Peregrine vom Testament, von der Vormundschaft, überhaupt von all jenen Rechtshandlungen und Rechtswirkungen schlechtweg ausgeschlossen gewesen wäre! Im Gegenteil, der Peregrine kann nach dem Recht seiner Gemeinde (er ist z. B. Bürger von Athen) sehr wohl testieren, Eigentum erwerben u. s. f. Der Bürger von Athen kann die väterliche und eheherrliche Gewalt des athenischen Rechts haben, er kann das athenische Testament machen, kann in dem Testament eines Atheners zum Erben eingesetzt werden u. s. w., und wie der athenische Bürger von dem römischen Testament und dessen Wirkungen, genau ebenso ist der römische Bürger von dem athenischen Testament und dem Rechtserwerb aus demselben aus-

geschlossen. Die alte Zeit ruht auf dem Gegensatz einander ausschliefsender Gemeinden und Staaten. Der Bürger einer jeden Stadtgemeinde ist nur innerhalb seiner Gemeinde vollberechtigt, und auch die volle privatrechtliche Berechtigung hängt an der Bürgerberechtigung. Das Uebergewicht, welches das römische Recht im ganzen römischen Reich erwarb, mufste aber notwendig die besondere Rechtsfähigkeit nach athenischem oder alexandrinischem Recht u. s. w. auch für das Privatrecht entwerten. Der Peregrine ward damit thatsächlich hinter dem römischen Bürger auch privatrechtlich zurückgesetzt. Je mehr die alte Idee der Stadtverfassung und Stadtbürgerschaft zurück und die Idee der Reichsverfassung und Reichsbürgerschaft in den Vordergrund trat, um so mehr mufste dieser Zustand als Härte und Unbilligkeit empfunden werden. Hier that Caracalla den entscheidenden Schritt, indem er allen Peregrinen, welche irgend einer Gemeinde angehörten, das römische Bürgerrecht verlieh. Es blieben nur noch die peregrini dediticii, d. h. diejenigen Peregrinen, deren Gemeinde vernichtet, und welche deshalb nirgends heimatberechtigt und nirgends aufenthaltsberechtigt waren.

Eine Mittelstufe zwischen Bürgern und Nichtbürgern bildeten die Latini. Die latinischen Bundesgenossen Roms, d. h. die Angehörigen der Stadtgemeinden Latiums, hatten von altersher das gleiche Privat- und Eherecht (eben lateinisches Privat- und Eherecht, dessen Erscheinungsform lediglich das römische Recht war) wie die Römer, und besafsen als Rechts- und Bundesgenossen auch in Rom jus commercii und jus connubii. Ihnen fehlte nur (selbstverständlich) das öffentlich-rechtliche Element des Bürgerrechts (jus suffragii und jus honorum) für die römische Gemeinde. Das mächtige Interesse aber, welches sich bald an die öffentlichen Befugnisse eines römischen Bürgers knüpfte, führte dahin, dafs (infolge des Bundesgenossenkriegs) den latinischen Bundesgenossen, dann allen italischen Gemeinden römisches Bürgerrecht, und damit auch das öffentliche Recht eines römischen Bürgers gegeben wurde. Seitdem giebt es keine Latini alten Stils mehr (geborene Latini), sondern nur noch latinische Colonisten, Latini coloniarii (die freien Angehörigen einer mit jus Latii gegründeten Colonie, oder eines mit jus Latii bewidmeten Landes: so empfing z. B. ganz Spanien von Vespasian die lati-

nische Freiheit)[1]), und latinische Freigelassene, Latini Juniani (S. 102). Diese beiden Arten von Latini neuen Stils (künstliche, gemachte Latini) haben nur jus commercii (kein jus conubii u. s. w.), und die Latini Juniani sogar nur das commercium unter Lebenden, nicht von Todes wegen. Der Latinus Junianus kann kein Testament machen, noch aus einem fremden Testament etwas erwerben. Stirbt der Latinus Junianus, so fällt sein Vermögen an den Herrn zurück, als ob er immer Sklav desselben geblieben wäre.

Das Privileg Caracallas kam auch den Latini coloniarii zugute (von vornherein war es der Gedanke gewesen, durch die Verleihung des jus Latii diese Gemeinden und Gebiete auf den Empfang des vollen römischen Bürgerrechts vorzubereiten). Seit Caracalla gab es nur noch Latini Juniani, welche, als zu keiner Gemeinde gehörig, von der Verleihung des römischen Bürgerrechts ausgeschlossen blieben.

Justinians Idee ist, den Gegensatz von jus civile und jus gentium überhaupt zu beseitigen. Dem entsprach es, dafs er die Latina libertas der Juniani und die Peregrineneigenschaft der dediticii, Verhältnisse, welche infolge der Ausgleichung des Gegensatzes von jus civile und jus gentium für das Privatrecht, welche ferner durch die Despotie und die Vernichtung der politischen Bürgerrechte auch für das öffentliche Recht längst unpraktisch geworden waren, auch formell beseitigte. An Stelle der alten

---

[1]) Das jus Latii hat zwei Formen: das Latium minus (die ältere und die gewöhnliche Form) und das Latium majus (wahrscheinlich erst seit Hadrian). In den Gemeinden mit minus Latium erlangen nur die Beamten der Gemeinde das römische Bürgerrecht, in den Gemeinden mit majus Latium auch die Decurionen (die Mitglieder des Gemeinderats). Durch Einführung des majus Latium sollte die Bewerbung um die kostspieligen und verantwortungsvollen Decurionenstellen (deren Besetzung bereits seit Beginn des 2. Jahrh. Schwierigkeiten machte) begünstigt werden: Gaj. I § 96; O. Hirschfeld, Zur Geschichte des latinischen Rechts (Festschrift für das archäolog. Institut in Rom, Wien 1879). — Dagegen bedeutet die Verleihung des jus Italicum an eine Bürgergemeinde (Colonie oder Municipium), dafs sie die Rechte einer colonia Italica, d. h. einer vollberechtigten altrömischen Bürgercolonie empfängt, sodafs ihr Gebiet von der Grundsteuer befreit und des quiritarischen Eigentums fähig, also dem fundus Italicus gleichgestellt wird (vgl. § 51 II). Heisterbergk, Name und Begriff des jus Italicum (1885).

rechtlichen Unterschiede waren schon längst die socialen Classenunterschiede maſsgebend in den Vordergrund getreten. Nunmehr war jeder freie Unterthan des römischen Reichs zugleich römischer Bürger. Es gab rechtlich nur noch den einen Gegensatz von Freien und Unfreien. Der Unterschied von cives und Nicht-cives war hinweggefallen. An Stelle der Stadtbürgerschaft war die Reichsbürgerschaft getreten, und dem Reichsbürgertum entsprach das nunmehr einheitlich gestaltete Reichsrecht, dem Weltbürger (des römischen orbis terrarum) das Weltrecht.

Ulp. tit. 19 § 5: Commercium est emendi vendendique invicem jus.

Ulp. tit. 5 § 3: Conubium est uxoris jure ducendae facultas.

Gaj. Inst. I § 14: Vocantur autem peregrini dediticii hi, qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, deinde victi se dediderunt.

Gaj. eod. § 28: Non tamen illis (den Latini Juniani) permittit lex Junia vel ipsis testamentum facere, vel ex testamento alieno capere, vel tutores testamento dari.

Gaj. eod. III § 56: . . . admonendi sumus . . . eos, qui nunc Latini Juniani dicuntur, olim ex jure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos; unde etiam res eorum peculii jure ad patronos pertinere solita est; postea vero per legem Juniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Junianos; Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives Romani ingenui, qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini coloniarii esse coeperunt. — Legis itaque Juniae lator . . . necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in injuriam patronorum converteretur, cavere voluit, ut bona eorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset: itaque jure quodammodo peculii ad manumissores ea lege pertinent.

§ 23.

Paterfamilias und filiusfamilias.

Der römische Bürger ist entweder paterfamilias (Hausvater) oder filiusfamilias (Hauskind), je nachdem er von der väterlichen Gewalt frei (homo sui juris) oder der väterlichen Gewalt unter-

worfen ist (homo alieni juris). Paterfamilias ist der homo sui juris (sei er Mann oder Weib, Kind oder erwachsen, verheiratet oder unverheiratet); filiusfamilias ist der homo alieni juris (sei er Sohn oder Tochter, Enkel oder Enkelin u. s. f.).

Für das öffentliche Recht ist der Unterschied von paterfamilias und filiusfamilias gleichgiltig. Der filiusfamilias kann, wenn er nur sonst die nötigen Voraussetzungen erfüllt, ebenso gut in den Comitien mitstimmen, ebenso gut Consul werden wie der paterfamilias.

Die Wirkung des Unterschieds beschränkt sich auf das Privatrecht. Zwar hat der filiusfamilias das jus commercii und das jus connubii gerade wie der paterfamilias, weil auch der filiusfamilias römischer Bürger ist. Der Sohn kann daher nach Civilrecht contrahieren, Eigentumserwerbsgeschäfte vornehmen[1]), im Testament zum Erben eingesetzt werden, eine vollgiltige Ehe eingehen u. s. f. Aber: *was der filiusfamilias erwirbt, erwirbt er dem paterfamilias*; das Eigentum, das Forderungsrecht, ja auch die eheherrliche Gewalt über seine Ehefrau, die väterliche Gewalt über seine Kinder wird nicht ihm, sondern seinem paterfamilias erworben. Im römischen Hause giebt es nach altem Recht nur ein einziges Eigentum, das des Hausvaters, nur eine einzige eheherrliche, väterliche Gewalt, die des Hausvaters. Lediglich seine Schulden erwirbt das Hauskind sich selbst. *Der filiusfamilias ist des passiven Vermögens fähig, des activen Vermögens unfähig.*





Allmählich aber ist im Lauf der Kaiserzeit dem filiusfamilias auch die active Vermögensfähigkeit zugestanden worden. Zuerst dem Soldaten. Der filiusfamilias miles erwirbt alles, was er als Soldat erwirbt, sich selber, nicht seinem Vater (bona castrensia). Dann ward auch dem öffentlichen Dienst dasselbe Privileg gegeben. Was der filiusfamilias im öffentlichen Amt, oder in der Advocatur, oder durch kaiserliche Zuwendung erhielt, erwarb er sich selber, nicht dem paterfamilias (bona quasi castrensia). Endlich ward überhaupt jedem filiusfamilias Erwerbsfähigkeit gegeben: was er nicht vom Vater, sondern von der Mutter oder sonst von einem

[1]) So z. B. die mancipatio, nicht aber die in jure cessio, weil zur Form der in jure cessio die gerichtliche Inanspruchnahme des Eigentums gehört (oben S. 31); der filiusfamilias (homo alieni juris) kann aber nach altem Recht kein Eigentum haben (s. unten).

Dritten erwirbt, fällt in das Eigentum des filiusfamilias; dem Vater wird an solchem Vermögen nur ein Verwaltungs- und Niefsbrauchsrecht gegeben (bona adventicia). So ist nach Justinianischem Recht das Hauskind nur noch unfähig, vom Vater etwas zu erwerben. Was das Hauskind vom Vater empfängt, bleibt Eigentum des Vaters, auch wenn dem filiusfamilias die Verfügung darüber eingeräumt ist (peculium profecticium). Vgl. unten § 88.

L. 195 § 2 D. de V. S. (50, 16) (Ulpian.): Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus. Denique et pupillum patremfamilias appellamus, et cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerint, singulas familias incipiunt habere; singuli enim patrumfamiliarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo, qui emancipatus est: nam et hic sui juris effectus propriam familiam habet.

Gaj. Inst. II § 87: Igitur, quod liberi nostri, quos in potestate habemus, . . . mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.

§ 24.

Capitis deminutio.

Capitis deminutio ist die Zerstörung der rechtlichen Persönlichkeit (des caput). Nach der capitis deminutio ist der alte Mensch nicht mehr da, sondern ein anderer Mensch, welcher mit dem vorigen Menschen von Rechts wegen nichts gemein hat. Solche Zerstörung der rechtlichen Persönlichkeit ist auf dreifache Weise möglich: durch Verlust des status libertatis (maxima c. d.), durch Verlust des status civitatis (media oder magna c. d.), durch Ausscheiden aus der Agnatenfamilie (minima c. d.). Im ersten Fall geht die rechtliche Persönlichkeit überhaupt, im zweiten und dritten Fall geht nur die bisherige rechtliche Art der Persönlichkeit verloren.

Durch Verlust der Freiheit erleidet man die maxima capitis deminutio. Auch der römische Bürger kann Sklav werden, sei es durch Strafurteil oder durch Kriegsgefangenschaft. Aber der

römische Bürger kann aus der Kriegsgefangenschaft zurückkehren. In demselben Augenblick, wo er zurückkommt, ist er wieder römischer Bürger und hat er wieder alle die Rechte, welche er durch seine c. deminutio verloren hatte, und zwar als ob er sie niemals verloren gehabt hätte. Er ist wieder der Vater seiner Kinder, der Eigentümer seiner Sachen, der Gläubiger seiner Schuldner, der Schuldner seiner Gläubiger, d. h. er ist Subject aller der Rechtsverhältnisse, welche durch die Kriegsgefangenschaft für ihn aufgehoben waren, als wenn er niemals kriegsgefangen gewesen wäre. Darin besteht das sog. jus postliminii. Aber wie, wenn der römische Bürger nicht zurückkehrt, sondern in der Kriegsgefangenschaft verstirbt? Dann ist ein servus gestorben, kein civis Romanus. Sein Testament ist also ungiltig, was er vor der Kriegsgefangenschaft zu Hause errichtete? Ja, kann er überhaupt beerbt werden, da ja ein servus nicht beerbt werden kann? Allen diesen Schwierigkeiten half die fictio legis Corneliae ab: stirbt der Römer in der Kriegsgefangenschaft, so wird es so gehalten, als ob er als römischer Bürger gestorben wäre; folglich, so schlossen die römischen Juristen: es ist so zu halten, als ob er im Augenblick der Gefangennahme gestorben wäre.

§ 5 I. quib. mod. jus pot. solv. (1, 12): Postliminium fingit, eum, qui captus est, semper in civitate fuisse.

L. 16 D. de captiv. (49, 15) (Ulpian.): Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.

L. 12 D. qui test. fac. (28, 1) (Julian.): Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi, qui ea fecissent, in hostium potestatem non pervenissent; et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet.

L. 18 D. de captiv. (49, 15) (Ulpian.): In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.

Durch Verlust des römischen Bürgerrechts (unter Beibehaltung aber der Freiheit) wird die media (oder magna) capitis deminutio erlitten: ein römischer Bürger geht z. B. in eine latinische Colonie über. Die media capitis deminutio ist im Justinianischen Recht (da für den Reichsangehörigen Freiheit und römisches

Bürgerrecht zusammengefallen sind) nur noch in der Form der Ausstofsung aus dem Reichsverbande (Verbannung) möglich[1]).

§ 2 I. de cap. min. (1, 16): Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur. Quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei, qui in insulam deportatus est.

Das Ausscheiden aus der agnatischen Familie bewirkt gleichfalls eine capitis deminutio, eine Zerstörung der Persönlichkeit. In der Familie beruht Wesen und Geltung der Persönlichkeit. Änderung der Familie ist Änderung der Persönlichkeit, ist Aufhebung der früheren Persönlichkeit und Erzeugung einer neuen.

Die Familie im Rechtssinn ist aber nach römischem Civilrecht nicht das, was wir heute Familie nennen: die Gesamtheit derer, welche durch die Bande der Blutsverwandtschaft verbunden sind, welche also demselben Stamme angehören. Die römische Familie (nach jus civile) ist vielmehr die Gesamtheit derer, welche demselben Hause angehören, welche derselben einen hausherrlichen Gewalt (patria potestas) unterworfen sind, oder doch unterworfen sein würden, wenn der gemeinschaftliche Stammvater noch lebte. Das heifst Agnation. Und nur die Agnation ist die Verwandtschaft des Civilrechts, nicht die Blutsverwandtschaft (Cognation). Die Familie des römischen Civilrechts ist die Agnatenfamilie (vgl. unten § 78). Und diese Agnatenfamilie hat die Eigentümlichkeit, dafs man sie wechseln kann. Die Blutsverwandtschaft ist der Aufhebung unfähig, und für die Cognatenfamilie (Familie in unserem Sinn) giebt es daher keine Änderung. Aber aus der Agnatenfamilie kann man ausscheiden, weil man aus dem Hause (der Gemeinschaft derer, welche durch hausherrliche Gewalt verbunden sind) ausscheiden kann. So geschieht es also der Tochter, welche sich verheiratet und in die eheherrliche (hausherrliche) Gewalt ihres Ehemannes (oder dessen, welcher die patria potestas über ihren Ehemann hat) eintritt, sog. in manum conventio. Mit der hausherrlichen Gewalt hat sie ihre Familie (die Agnatenfamilie), den Kreis ihrer Verwandtschaft (die Agnatenverwandtschaft) und damit ihr ganzes persönliches Sein verändert.

---

[1]) Vgl. J. M. Hartmann, De exilio apud Romanos, dissertatio inauguralis (Berolini 1887).

Ebenso geschieht es dem Haussohn, welcher vom Vater in die Knechtschaft (mancipium) verkauft (§ 88) oder in Adoption gegeben wird (datio in adoptionem); dem homo sui juris, welcher sich von einem andern adoptieren läfst (arrogatio); auch dem Hauskinde, welches vom Vater aus der väterlichen Gewalt entlassen wird (emancipatio). Obgleich der emancipatus seine äufsere Stellung verbessert, insofern er aus einem filiusfamilias jetzt ein paterfamilias wird, erleidet er doch eine capitis deminutio, weil mit der Agnation seine bisherige rechtliche Persönlichkeit zerstört und eine neue geschaffen worden ist.

So ist also die minima capitis deminutio das Ausscheiden aus der Agnation, und sie hat fünf Anwendungsfälle: das mancipio dare, die in manum conventio, die datio in adoptionem, die arrogatio und die emancipatio.

Mit der zerstörenden Wirkung auch der capitis deminutio minima hing zusammen: der Untergang der Contractschulden des capite minutus (nach Civilrecht; der Prätor aber gab dann später durch in integrum restitutio dem Gläubiger die Klagen wieder) und der Untergang der dem capite minutus zuständig gewesenen Personalservituten, d. h. solcher Rechte an fremden Sachen, welche ihm auf Lebenszeit zugewandt gewesen waren (vgl. unten § 56 I). Den letzteren Rechtssatz hat erst Justinian beseitigt: nach dem Recht des Corpus juris hat nur noch die capitis deminutio maxima et media den Untergang der Personalservituten zur Folge.

Gaj. Inst. I § 162: Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur. Quod accidit in his, qui adoptantur, item in his, quae coemptionem faciunt, et in his, qui mancipio dantur, quique ex mancipatione manumittuntur: adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite deminuatur.

L. 11 D. de cap. min. (4, 5) (Paulus): Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima; tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam. Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem. Cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem; cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.

§ 25.

Ehrenminderung.

Die Ehre ist zunächst ein gesellschaftlicher Begriff. Ehre hat, wer in der Gesellschaft für voll gilt. Die Gesellschaft spricht dem Ehre zu, welcher ihren Anschauungen gemäſs handelt. Die Zuerkennung der Ehre, die Aberkennung der Ehre (der gesellschaftlichen Geltung) ist das Zwangsmittel der Gesellschaft, um nicht bloſs Gebote des Rechts und der Sittlichkeit, sondern gerade auch der bloſsen Sitte (welche unter Umständen mit Recht und Sittlichkeit in Widerspruch stehen können) gegen den einzelnen durchzusetzen. Indem die Anforderungen der Gesellschaft an das Verhalten des einzelnen für die verschiedenen Kreise der Gesellschaft sich specialisieren, spricht man von einer besonderen Standesehre, von einer studentischen Ehre, von einer Officiersehre u. s. f.

Die Rechtssätze über die bürgerliche Ehre bedeuten die Wirkung gesellschaftlicher Verhältnisse, Anschauungen auf das Recht. Das Recht giebt dem gesellschaftlichen Urteil in gewissem Maſse nach und läſst einen Mann, der in der Gesellschaft nicht für voll gilt, unter Umständen auch vor dem Gesetz nicht für voll gelten. Bürgerliche Ehre (Ehre im Rechtssinn) ist die volle Geltung vor dem Gesetz. Ehrenminderung (im Rechtssinn) ist die Minderung der vollen Geltung vor dem Gesetz.

Die bürgerliche Ehre eines civis Romanus kann vernichtet werden (consumtio existimationis) durch maxima oder media capitis deminutio; sie kann auch bloſs gemindert werden (minutio existimationis). Das letztere versteht man unter Ehrenminderung im technischen (engeren) Sinn. Ehrenminderung ist die Minderung der bürgerlichen Ehre, welche ohne capitis deminutio, ohne Zerstörung der bisherigen Persönlichkeit eine bloſse Minderung der persönlichen Geltung vor dem Gesetz herbeiführt.

Nach römischem Civilrecht tritt eine Ehrenminderung nur ein 1) in den durch Volksgesetze bestimmten[1]) Fällen, 2) durch die censorische Rüge. Auch an dieser Stelle aber ist das Civilrecht

---

[1]) So hieſs es z. B. in den zwölf Tafeln (VIII 22): qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobus intestabilisque esto.

durch das jus honorarium überflügelt worden. Gegen Ende der Republik hörte die Censur auf, in alter Weise zu functionieren. Die entstehende Lücke ward durch den Prätor ausgefüllt. Das prätorische Edict hatte sich mit den an ihrer Ehre Geminderten zu beschäftigen, soferne es sich um die Zurücksetzung derselben vor Gericht handelte. So zählte der Prätor diejenigen auf, welche er um ihrer Bescholtenheit willen von dem vollen jus postulandi (dem Recht, gerichtliche Anträge zu stellen) ausschlofs (sie durften nur für sich selbst und für gewisse nahe Angehörige postulieren). An einer zweiten Stelle des Edicts nannte er diejenigen, welchen er um ihrer Bescholtenheit willen das Recht, einen Procefs-Stellvertreter zu bestellen, versagte[2]). Diejenigen, welche der Prätor so von der vollen gerichtlichen Rechtsfähigkeit (dem freien Postulieren u. s. w.) ausschlofs, erklärte er nicht selber direct für infam. Er hatte keinen Anlafs, noch auch die Gewalt, formell jemandem seine bürgerliche Ehre zu beschneiden. Aber, sagt Gajus, „diejenigen, welche der Prätor so zurücksetzt, nennen wir infam“[3]). In jenen Katalogen des prätorischen Edicts waren die Anschauungen der Gesellschaft von den Fällen der Ehrenminderung zu rechtlicher Gestalt gelangt, in eine, wenngleich nicht vollständige, Codification gebracht worden, und als solche Codification des Ehrenrechts beherrschten sie die Folgezeit: die Compilatoren Justinians haben ihr Verzeichnis der Ehrenminderungsfälle aus diesen Stücken des prätorischen Edicts entnommen. Es waren namentlich zwei Gruppen von Fällen, welche sich gegenübertraten: entweder trat die Infamie mit der ehrenstrafwürdigen Handlung sofort von selber (ipso jure) ein, sog. infamia immediata (z. B. in den Fällen des ehrlosen Gewerbes, der ehrlosen Entlassung aus dem Soldatenstand, doppelter Ehe und doppelten Verlöbnisses), oder sie trat nur ein, nachdem ein gerichtliches Urteil den Betreffenden wegen der ehrenstrafwürdigen

[2]) Vgl. Karlowa in der Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 9 S. 222 ff.; Lenel in der Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 2 S. 54 ff.

[3]) Gaj. Inst. IV § 182 (Studemund, ed. 2.): Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit; sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere, item procuratoris aut cognitoris nomine judicio intervenire, ignominiosus esse dicitur. Vgl. unten Anm. 5.

Handlung verurteilt hatte, sog. infamia mediata. Vor allem hatte jedes peinliche Urteil (zu Leibes-, Lebens-, Freiheitsstrafe) zugleich Infamie zur Folge, dann aber auch gewisse Civilurteile, insbesondere wenn jemand wegen ehrloser Pflichtverletzung (als Vormund, Gesellschafter, Depositar, Mandatar) auf Civilklage hin verurteilt worden war. Die Civilklagen, welche solche Ehrenminderung herbeiführen, heifsen actiones famosae.

In der Natur der Sache liegt aber, dafs jede Codification des Ehrenrechts als unvollkommen sich erweist. Es mufste daher dem römischen Richter frei stehen, auch solche Fälle von Ehrlosigkeit zu berücksichtigen, welche nicht in einem Volksgesetz noch im prätorischen Edict genannt waren. So ergaben sich zwei Arten der Ehrenminderung (minutio existimationis): 1) die Infamie, deren Voraussetzungen von Rechts wegen, nämlich durch Volksgesetze, bezw. das prätorische Edict, feststanden, und 2) die sog. turpitudo (Verächtlichkeit), über deren Voraussetzungen nicht das Recht, sondern auf Grund des Urteils der öffentlichen Meinung, also des Urteils der Gesellschaft, für jeden Einzelfall das freie richterliche Ermessen entschied.

Beide Arten der Ehrenminderung haben zur Folge die Zurücksetzung der ehrlosen Persönlichkeit nach Mafsgabe richterlichen Ermessens (so z. B. beim Zeugnis, bei der Ernennung zum Vormund, bei Zulassung der querela inofficiosi testamenti zu Gunsten übergangener Geschwister, vgl. § 100). Die Infamie hat aufserdem als besondere Wirkung zur Folge: den Verlust des jus suffragii und des jus honorum, die Beschränkung des jus connubii (die Ehe zwischen Infamen und Freigeborenen ward verboten, vgl. § 86) und die Beschränkung des Rechts, für andere Anträge vor Gericht zu stellen (s. oben). Alle diese besonderen Wirkungen der Infamie sind jedoch bereits für das Justinianische Recht nicht mehr vorhanden[4]). Im Justinianischen Recht tritt für den Infamen wie für den turpis nur die eine Wirkung der Zurücksetzung (soweit die Persönlichkeit als solche in Frage kommt) nach Mafsgabe richterlichen Ermessens ein.

---

[4]) Das jus suffragii und das jus honorum war unpraktisch geworden, das Eheverbot abgeschafft, über die Zulassung zu Anträgen vor Gericht sollte das richterliche Ermessen frei entscheiden (§ 11 I. de except. 4, 13).

L. 5 § 2 D. de extr. cogn. (50, 13) (Callistratus): Minuitur existimatio, quotiens, manente libertate, circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis vel cum ordine movetur vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebejus fustibus caeditur vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur. § 3: Consumitur vero, quotiens magna capitis minutio intervenit.

L. 1 D. de his qui not. inf. (3, 2): Praetoris verba dicunt: Infamia notatur[5]) qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit; qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit; qui lenocinium fecerit; qui in judicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse judicatus erit; qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit; qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario judicio damnatus erit; qui eam, quae in potestate ejus esset genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit, eamve sciens quis uxorem duxerit non jussu ejus, in cujus potestate est; et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; quive suo nomine non jussu ejus, in cujus potestate esset, ejusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.

---

[5]) Diese beiden ersten Worte rühren von den Compilatoren Justinians her, vgl. Lenel a. O. Die Aufstellungen Lenels haben durch den erst jetzt festgestellten Text von Gajus IV § 182 (Anm. 3) eine glänzende Bestätigung erfahren. Die Restitution des ursprünglichen Wortlauts und Zusammenhangs des uns hier beschäftigenden prätorischen Edicts s. bei Lenel, Edictum perpetuum S. 62. 63.

Zweites Buch.

Vermögensrecht.

Erstes Capitel.

Allgemeiner Teil.

§ 26.

Einleitung.

Die Person ist vermögensfähig. Der Umkreis ihrer Vermögensfähigkeit wird durch das folgende, die Lehre von den Vermögensverhältnissen, sich bestimmen.

Gewisse Rechtssätze gelten von allen Vermögensrechten gleichermafsen, nämlich die Rechtssätze über Rechtsgeschäfte einerseits (durch Rechtsgeschäfte können Vermögensrechte begründet, verändert, aufgehoben werden), und die Rechtssätze über den Rechtsschutz andererseits. Von diesen Rechtssätzen, welche den allgemeinen Teil des Vermögensrechts ausmachen, ist zunächst zu handeln.

I. Die Rechtsgeschäfte.

§ 27.

Begriff und Arten des Rechtsgeschäfts.

Wir machen die Wahrnehmung, dafs für den Eintritt eines rechtlichen Erfolges der Wille des beteiligten Subjects bald gleichgiltig (so bei der Klagverjährung), bald erheblich ist, und zwar ist er entweder in dem Sinn erheblich, dafs das Recht diesem Willen widersprechen will (so in den Fällen des Delicts),

oder in dem Sinn, dafs das Recht diesem Willen entsprechen will (so in den Fällen des Rechtsgeschäfts). Die Rechtsgeschäfte des Privatrechts dienen dem Willen der Privatpersonen, um gewisse vermögensrechtliche Erfolge herbeizuführen. Das Rechtsgeschäft des Privatrechts ist die gemäfs ihrer Absicht rechtlich erhebliche Willenserklärung der Privatperson. Und zwar kommt in dem Rechtsgeschäft entweder der Wille nur einer Person zum Ausdruck und zur Geltung (sog. einseitige Rechtsgeschäfte), oder der übereinstimmende Wille mehrerer Personen (sog. zweiseitige Rechtsgeschäfte oder Verträge).

Ein einseitiges Rechtsgeschäft ist z. B. das Testament.

Verträge im Rechtssinn sind, wie aus dem obigen sich ergiebt, rechtlich erhebliche Consenserklärungen.

Der Consens, welcher den Vertrag hervorbringt, kann den verschiedensten Inhalt haben. Er kann auf Erzeugung eines Schuldverhältnisses (obligatorische Verträge oder Contracte), oder auf irgend eine andere Rechtswirkung, z. B. Befreiung des Schuldners, Übertragung von Eigentum, Bestellung eines Pfandrechts, gerichtet sein (sog. dingliche Verträge).

L. 1 § 2 D. de pactis (2, 14) (ULPIAN.): Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.

§ 28.

Der Thatbestand des Rechtsgeschäfts.

Der Thatbestand eines Rechtsgeschäfts (Kauf, Miete u. s. w.) ist Willenserklärung. Also zwei Thatbestandsmomente: 1) Wille, 2) Erklärung.

I. Der Wille. Wenn der Wille infolge von Willensunfähigkeit des Erklärenden (er ist z. B. wahnsinnig) oder sonst in erkennbarer Weise fehlt, so kommt kein Rechtsgeschäft zustande. So im Fall der Simulation, d. h. der beiderseitigen Absicht der Paciscenten, etwas anderes zu wollen als erklärt wird (es wird z. B. ein Kauf erklärt, aber beide sind darüber einverstanden, dafs eine Schenkung gemeint ist). Ebenso in Fällen, wo des Scherzes oder des Unterrichts wegen oder sonst in erkennbarer Weise ohne wirkliche Absicht rechtsgeschäftliche Erklärungen abgegeben sind. Die gleiche Wirkung hat der Irr-

tum, welcher (in erkennbarer Weise) bewirkt, daſs etwas anderes erklärt als gewollt ist.

Liegt jedoch eine unzweideutige Erklärung und eine unerkennbare Abweichung des inneren Willens von der Erklärung vor, so kann unter Umständen das Rechtsgeschäft trotzdem giltig sein. Der classische Fall dieser Art ist die Mentalreservation, d. h. der Fall der einseitigen Absicht eines Paciscenten, etwas anderes zu wollen als erklärt wird. Ebenso kann auch die unbeabsichtigte Abweichung des Willens von der Erklärung in solchem Fall unerheblich sein, d. h. trotzdem die erklärungsgemäſse Haftung hervorbringen. Man denke z. B. an den Fall, daſs jemand in einer Wirtschaft Nahrungsmittel genossen hat und hinterher (vielleicht der Wahrheit gemäſs) erklärt, er habe den Preis der genossenen Getränke oder Speisen für niedriger gehalten.

II. Die Erklärung ist die Mitteilung des rechtsgeschäftlichen Willens an den anderen, welcher der Adressat der Willenserklärung ist. Nicht also jede Mitteilung, sondern nur die Erklärung an den anderen am Rechtsgeschäft Beteiligten (an die Zeugen beim Testament, an den Vertragsgegner bei Verträgen) erzeugt das Rechtsgeschäft. Die Form der Erklärung ist für einzelne Rechtsgeschäfte von der Rechtsordnung vorgeschrieben, welche dann nur in dieser bestimmten Form giltig errichtet werden können (z. B. das Testament). Solche Rechtsgeschäfte mit vorgeschriebener Form heiſsen formelle Rechtsgeschäfte. Die meisten Rechtsgeschäfte sind jedoch formlos, d. h. die Erklärung des Willens kann in beliebiger Form, schriftlich oder mündlich, durch einen Boten oder einen Brief, oder sonstwie, ja auch, ohne directe Mitteilungshandlung, durch Ausführungshandlung (concludente Handlung), welche den Willen erschlieſsen läſst (sog. stillschweigende Willenserklärung), giltig vollbracht werden. Es genügt für das formlose Rechtsgeschäft, daſs der Wille irgendwie erklärt ist.

L. 3 D. de reb. dub. (34, 5) (Paulus): In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat, quod volumus. Itaque, qui aliud dicit quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.

L. 9 pr. D. de her. inst. (28, 5) (Ulpian.): Quotiens volens

alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti »frater meus«, »patronus meus«, placet, neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est.

L. 57 D. de O. et A. (44, 7) (POMPONIUS): In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit.

§ 29.

Die Motive des Rechtsgeschäfts.

Die Beweggründe, aus welchen das Rechtsgeschäft hervorgeht, sind im allgemeinen gleichgiltig, und also auch gleichgiltig, ob der Handelnde durch das Rechtsgeschäft die Zwecke erreichte, welche er verfolgte (er hatte z. B. gedacht, das gekaufte Buch handle von Schiefsgewehren, während es in Wirklichkeit von der „Gewere", d. h. von dem Besitz des deutschen Rechts, handelt). Falsa causa non nocet.

Ausnahmsweise aber sind die Motive dennoch von rechtlicher Bedeutung, und zwar in vier Fällen: in den Fällen des metus, des dolus, des sog. error in substantia und der Schenkung.

I. Der Fall des metus ist der Fall eines durch (erhebliche) Drohung erzwungenen Rechtsgeschäfts. Die Drohung (sog. vis compulsiva, im Gegensatz zu der körperlichen Gewalt, vis atrox oder vis absoluta) war auf den Abschlufs dieses Rechtsgeschäfts gerichtet, z. B. auf die Eigentumsübertragung oder auf die Ausstellung eines Zahlungsversprechens. In solchem Fall ist das Rechtsgeschäft nach römischem Civilrecht giltig und voll wirksam zustande gekommen; der Prätor aber giebt dem Bedrohten Rechtsmittel, um die Wirkungen des erzwungenen Rechtsgeschäfts zu beseitigen: die actio quod metus causa (eine Rückforderungsklage gegen jeden, welcher gegenwärtig aus dem erzwungenen Rechtsgeschäft bereichert ist) und die exceptio quod metus causa (eine Einrede, falls ich aus dem Rechtsgeschäft verklagt werde). Auch kann propter metum die in integrum restitutio (§ 43) erteilt werden.

L. 1 pr. D. quod met. c. (4, 2): Ait praetor: QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT, RATUM NON HABEBO.

L. 14 § 3 D. eod. (Ulpian.): In hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum, qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.

II. Der Fall des dolus ist der Fall des durch absichtliche Täuschung (Betrug) seitens des Vertragsgegners hervorgebrachten Rechtsgeschäfts. Der eine Paciscent ist durch den anderen Paciscenten betrogen worden. Auch in solchem Fall war das Rechtsgeschäft nach Civilrecht giltig und voll wirksam, aber der Prätor gab gegen den Betrüger Rechtsmittel, um die Wirkungen des Rechtsgeschäfts aufzuheben: die (jedoch nur subsidiär, wenn keine andere Klage zuständig ist, gegebene) actio de dolo (nur gegen den Betrüger selbst, bezw. gegen dessen Erben, nicht gegen den Dritten, welcher aus dem Geschäft einen Vorteil hat), um allen Schaden aus dem Geschäft ersetzt zu verlangen (wozu nach Umständen auch das Rückgängigmachen des Geschäfts gehören kann), und die exceptio doli, um sich gegen die Klage des Betrügers (oder seines Rechtsnachfolgers) aus dem Geschäft zu verteidigen. Auch giebt es eine in integrum restitutio propter dolum (§ 43).

L. 1 § 1 D. de dolo (4, 3): Verba autem edicti talia sunt: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur, judicium dabo.

III. Der sog. error in substantia ist ein Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft des Vertragsgegenstandes, über eine solche Eigenschaft, welche die Sache für den Verkehr zu einer anderen macht (ein vergoldetes Gefäſs wird für ein massiv goldenes, Essig für Wein, eine Sklavin für einen Sklaven gehalten). Der Gegenstand des Vertrages ist individuell bezeichnet. Beide Parteien meinen genau das gleiche Individuum. Der Consens über den Vertragsgegenstand (consensus in corpore) ist da. Der Fall des sog. error in substantia ist also das Gegenteil des sog. error in corpore (wo beide Teile einen verschiedenen Vertragsgegenstand im Auge haben, also der Consens fehlt). Aber der eine Paciscent setzt (in erkennbarer Weise) bei dem Vertragsobject eine wesentliche Eigenschaft voraus (vielleicht indem der andere es gleichfalls nicht besser weiſs, und daher auch ohne Betrug vonseiten des andern), welche dem

Gegenstande abgeht. Sein Irrtum ist ein Irrtum im Motiv, ein Irrtum, welcher den nötigen Willen, den Consens, d. h. das Rechtsgeschäft hervorbringt, gerade wie in den vorigen Fällen der metus, der dolus. Das Rechtsgeschäft ist da, und der Grundsatz lautet auch hier, dafs das Rechtsgeschäft giltig und voll wirksam ist (falsa causa non nocet). Aber ausnahmsweise kann, wenn der error in substantia entschuldbar war, das zweiseitig obligatorische Rechtsgeschäft (z. B. der Kauf) auf Grund eines solchen error in substantia vonseiten des Irrenden angefochten werden. Der error in substantia ist also bei weitaus den meisten Rechtsgeschäften (z. B. Tradition, Verpfändung, Schenkungsversprechen, Depositum, Commodat u. s. w.) für die Giltigkeit des Rechtsgeschäfts unerheblich, wie überhaupt die Motive unerheblich sind. Er ist erheblich nur bei obligatorischen Rechtsgeschäften mit gegenseitigem Leistungsversprechen (Kauf, Miete u. dgl.), und zwar nicht als ob dieselben nichtig wären, auch nicht als ob ein besonderes Rechtsmittel zu ihrer Anfechtung gegeben wäre, sondern lediglich insofern ein solcher error in substantia kraft der bona fides, welche jene Rechtsgeschäfte regiert, notwendig die Wirkungen derselben modificieren mufs (nach Civilrecht, d. h. ipso jure, nicht erst nach prätorischem Recht). Wenn ich entschuldbarer Weise eine Flasche Gift gekauft habe, wo ich erkennbarer Weise eine Flasche Wein kaufen wollte, so verlangt die bona fides, welche den Kauf regiert, dafs ich nicht schlechtweg zur Zahlung des Preises verurteilt werde, sondern Auflösung des Kaufvertrags fordern kann, falls nicht aufseiten des anderen Umstände vorliegen, welche diese Behandlung des Falls unbillig erscheinen lassen. Aus dem Kauf wird eben, wie überhaupt aus solchen zweiseitig obligatorischen Geschäften (vgl. § 63), nicht schlechtweg das Versprochene, sondern vielmehr nur (aber auch alles) geschuldet, was die bona fides, d. h. Treue und Glauben im Verkehr, mit sich bringt[1]).

IV. Schenkung (donatio) ist die Vermögenszuwendung aus Liberalität. Schon das altrömische Recht hatte (durch die lex Cincia v. J. 204 v. Chr.) die Schenkungen beschränkt. Im Justinianischen Recht gelten für die Vermögenszuwendung, welche

[1]) Vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) S. 560 ff.

schenkungshalber gemacht wird, um dieses Motivs willen folgende Rechtssätze:

1) Die Schenkung unter Ehegatten ist nichtig (vgl. § 81 a. E.).

2) Die Schenkung bedarf, wenn sie ein gewisses Mafs überschreitet, zur Giltigkeit für das Plus der gerichtlichen Insinuation, d. h. der Erklärung des Schenkungswillens vor Gericht. Das Mafs ist von Justinian auf 500 solidi (nach heutigem gemeinen Recht = 4666 Mk. 67 Pf.) angesetzt worden.

3) Das Geschenkte kann wegen groben Undankes (Lebensnachstellung, grobe Injurien) zurückgefordert werden.

Die mortis causa donatio, d. h. die Schenkung, welche erst dadurch definitiv wird, dafs der Beschenkte den Schenkgeber überlebt, steht in Bezug auf die namhaft gemachten Rechtssätze und auch noch in mancher andern Hinsicht nicht unter Schenkungsrecht, sondern unter Vermächtnisrecht (§ 105).

L. 1 pr. D. de donat. (39, 5) (Julian.): Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur.

§ 1 I. de donat. (2, 7): Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem: cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit; sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia . . . . . ; a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur . . . Et in summa, mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere quam eum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quam heredem suum.

§ 30.

Die Clauseln des Rechtsgeschäfts.

Die normalen Wirkungen des Rechtsgeschäfts können durch Nebenberedungen der Parteien modificiert werden. Darin besteht das Wesen des clausulierten Rechtsgeschäfts. Drei Arten von Clauseln sind von besonderer Bedeutung: Bedingung (condicio), Termin (dies) und Auflage (modus).

I. Die Bedingung ist eine zukünftige ungewisse Thatsache, von deren Eintritt die Parteien die Wirkungen des Rechtsgeschäfts abhängig machen, entweder den Beginn der Wirkungen (sog. Suspensivbedingung) oder die Beendigung der Wirkungen (sog. Resolutivbedingung). Mit Eintritt der Suspensivbedingung treten die normalen Wirkungen des Rechtsgeschäfts ipso jure (von selber) ein (der Eigentumserwerb, die Schuldverpflichtung). Mit Eintritt der Resolutivbedingung hören die normalen Wirkungen des Rechtsgeschäfts ipso jure auf.

Keine Bedingungen im Rechtssinn sind die condiciones in praesens vel in praeteritum relatae, die unmöglichen und die notwendigen Bedingungen. Hier tritt niemals der Zustand der Ungewifsheit ein, welcher das Eigentümliche des bedingten Rechtsgeschäfts ausmacht.

§ 4 I. de V. O. (3, 15): Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit vel non fuerit, stipulatio committatur, veluti: SI TITIUS CONSUL FUERIT FACTUS, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES?

§ 6 eod.: Condiciones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti: SI TITIUS CONSUL FUIT — vel: SI MAEVIUS VIVIT, DARE SPONDES?

L. 9 § 1 D. de novat. (46, 2) (ULPIAN.): Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari.

II. Termin (dies) ist ein zukünftiges gewisses Ereignis, mit welchem die Wirkungen des Rechtsgeschäfts entweder erst anfangen (dies a quo) oder aufhören sollen (dies ad quem).

§ 2 I. de V. O. (3, 15): Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat, non potest.

III. Auflage (modus) ist die Verwendungsbestimmung, welche einer Schenkung oder letztwilligen Zuwendung hinzugefügt ist. Sie verpflichtet den Bedachten, die Bestimmung des Zuwendenden innezuhalten.

L. 17 § 4 D. de cond. et dem. (35, 1) (GAJUS): Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus, aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur.

L. 80 eod. (SCAEVOLA): . . . nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit: SI MONUMENTUM FECERIT, et eum, cui datum est: UT MONUMENTUM FACIAT.

§ 31.

Die Handlungsfähigkeit.

Handlungsfähigkeit im weiteren Sinn ist die Fähigkeit, in rechtlich erheblicher Weise zu handeln. Nur die Handlung eines Handlungsfähigen kommt für das Recht als Handlung, d. h. als Äufserung eines (sei es erlaubten, sei es unerlaubten) Willens in Betracht.

In einem engeren Sinn (und in diesem Sinn spielt der Begriff der Handlungsfähigkeit im Privatrecht eine Rolle) ist Handlungsfähigkeit die Fähigkeit zu einer bestimmten Art von Handlungen, nämlich die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte abzuschliefsen. Es giebt drei Stufen dieser Handlungsfähigkeit:

I. Vollkommen handlungsunfähig, d. h. zu keinem Rechtsgeschäfte fähig, sind: 1) der infans, d. h. das Kind bis zum vollendeten siebenten Lebensjahre; 2) der furiosus, der Geisteskranke.

II. Unvollkommen handlungsfähig, d. h. zu einigen Rechtsgeschäften fähig, zu anderen unfähig, sind: 1) der impubes (der Knabe bis zum vollendeten 14., das Mädchen bis zum vollendeten 12. Lebensjahre); 2) der prodigus (der unter Verschwendervormundschaft gesetzte Verschwender). Nach altrömischem Recht waren auch die Frauen nur unvollkommen handlungsfähig (§ 90 II).

Der unvollkommen Handlungsfähige ist fähig, durch seine Willenserklärungen (Rechtsgeschäfte) zu erwerben, nicht aber fähig, durch seine Willenserklärungen zu veräufsern oder sich zu verpflichten. Schliefst er ein Geschäft ab, welches zugleich berechtigt und verpflichtet (er empfängt z. B. ein Darlehn), so erwirbt er, ohne klagbar verpflichtet zu werden. Ist das Geschäft auf Leistung und Gegenleistung gerichtet (wie z. B. beim Kauf), so erwirbt er das Recht auf die Leistung, ohne auf die Gegenleistung verklagt werden zu können (sog. negotia claudicantia).

An Stelle des unvollkommen Handlungsfähigen kann sein

Vormund handeln. Oder: es kann der impubes das Veräufserungs- oder Verpflichtungsgeschäft unter präsenter Beihilfe des Vormundes (tutoris auctoritatis interpositio) selbst vollziehen (§ 90).

pr. I. de auct. tut. (1, 21): Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria: ut ecce, si quid dari sibi stipuletur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est. Namque placuit, meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutore auctore. Unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

§ 2 eod.: Tutor autem statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit; post tempus vero aut per epistulam interposita auctoritas nihil agit.

L. 6 D. de V. O. (45, 1) (ULPIAN.): Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso.

III. Vollkommen handlungsfähig, d. h. zu allen Rechtsgeschäften fähig, sind alle übrigen, also nach römischem Recht auch die puberes minores XXV annis (die Minderjährigen, welche die Pubertät bereits erlangt haben). Doch kann der Minderjährige einen curator erbitten, und der minor curatorem habens ist trotz seiner vollkommenen Handlungsfähigkeit doch dispositionsunfähig, d. h. die Verwaltung seines Vermögens ist auf den Curator übertragen, der Minderjährige also von der Verwaltung seines eignen Vermögens ausgeschlossen. Er kann alle Rechtsgeschäfte, auch Verpflichtungs- und Veräufserungsgeschäfte, durch seinen alleinigen Willen zustande bringen (er bedarf keiner auctoritatis interpositio, keiner präsenten Beihilfe zum Geschäft), aber seine Verpflichtungs- und Veräufserungsgeschäfte bleiben ohne Wirkung für sein Vermögen, wenn nicht der Curator seinen Consens erteilt (sei es bei oder vor oder nach dem Rechtsgeschäft). Der Consens des Curators kann durch die Genehmigung des grofsjährig gewordenen Min-

derjährigen ersetzt werden. Immer handelt es sich bei der Dispositionsunfähigkeit nur um die Wirkung des Rechtsgeschäfts, bei der Handlungsunfähigkeit aber um das Dasein des Rechtsgeschäfts.

pr. I. de curat. (1, 23): Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt.

§ 32.
Die Stellvertretung.

Nicht alle Rechtsgeschäfte, welche man abschliefsen möchte oder müfste, ist man imstande, selber abzuschliefsen. Der Wahnsinnige kann sich kein Brot kaufen, auch wenn er Geld genug hätte. Er ist rechtlich an dem Abschlufs des Rechtsgeschäfts verhindert. Oder: der Hausherr kann nicht selber täglich auf den Markt gehen, um für den Mittagstisch einzukaufen. Er ist factisch an dem Abschlufs des Rechtsgeschäfts verhindert.

In dem Fall blofs factischer Verhinderung kann der Verhinderte sich häufig durch Absendung eines Boten helfen, falls er, der Absendende, nämlich selber verhandeln will. Der Bote soll ihm nur helfen, das mechanische Hindernis der Entfernung zu überwinden, gerade wie ein Brief. Der Bote nimmt ihm nur den Gang ab, nicht den Abschlufs des Rechtsgeschäfts. Es kann aber die Meinung sein, dafs der Absendende nicht selber verhandeln will. Er will die Details des Rechtsgeschäfts nicht selber feststellen. Die Verhandlung mit dem Beauftragten soll entscheiden und soll so angesehen werden, als ob sie mit ihm selbst geführt wäre. In diesem letzteren Fall soll der Beauftragte dem Absender den Abschlufs des Rechtsgeschäfts abnehmen, die Erwägung der concreten Verhältnisse, den concreten Entschlufs, den Willensact, durch welchen das Rechtsgeschäft zustande kommt. Darin liegt das Wesen des Stellvertreters. Der Bote ist nur ein Werkzeug für die Mitteilung meines Willens; der Stellvertreter aber will an meiner statt. Stellvertretung ist der Abschlufs eines Rechtsgeschäfts für einen andern.

In dem Fall des Wahnsinnigen (des infans, des impubes u. s. w.), überhaupt in den Fällen rechtlicher Verhinderung

an dem eigenen Abschlufs des Rechtsgeschäfts, kann von vornherein nicht ein Bote, sondern nur ein Stellvertreter helfen.

Das römische Recht hat sich mit Rücksicht auf den soeben hervorgehobenen Unterschied entwickelt. Die Stellvertretung infolge *rechtlicher* Verhinderung (wir wollen sie *vormundschaftliche* Stellvertretung nennen) ist vom römischen Recht früh anerkannt worden: der Vormund handelt giltig im Namen des Mündels, und mit Wirkung *nur für den Mündel*, nicht für sich selbst.

Dagegen ist die Stellvertretung infolge blofs *factischer* Verhinderung (wir wollen sie *procuratorische* Stellvertretung nennen) vom römischen Recht grundsätzlich *nicht* anerkannt worden. Der Procurator (der gewillkürte Stellvertreter) kann nicht für den Auftraggeber, sondern mufs für sich selber das Rechtsgeschäft abschliefsen (z. B. den Kaufcontract). Nur für den Besitzerwerb und den durch Besitzerwerb vermittelten Rechtserwerb (z. B. Eigentumserwerb) ward procuratorische Stellvertretung zugelassen. Dadurch unterscheidet das römische Recht sich wesentlich vom heutigen Recht. Heute ist grundsätzlich bei allen Privatrechtsgeschäften wie die vormundschaftliche so auch die procuratorische Stellvertretung zulässig. Das Rechtsgeschäft wird von dem Stellvertreter für den andern abgeschlossen: es ist seinem *Abschlufs* nach (d. h. im Hinblick auf den Willensact, durch welchen es zustande kommt) ein Geschäft des Stellvertreters. Aber die Wirkungen treten (nach heutigem Recht also allgemein) nicht zu Lasten noch zu Gunsten des Stellvertreters, sondern nur zu Lasten und zu Gunsten des andern (des dominus negotii) ein: das Geschäft ist seiner *Wirkung* nach ein Geschäft des dominus.

Voraussetzung für die Wirkung des Stellvertretungsverhältnisses[1]) ist, dafs dasselbe dem Vertragsgegner *erkennbar* sei. Nur wenn der Stellvertreter (der Vormund oder der Procurator) *als solcher* handelt, also nur wenn er mit ausdrücklicher oder durch die Umstände hinlänglich klar gemachter *Hinweisung* auf den Destinatär des Rechtsgeschäfts (den dominus negotii)

[1]) Soweit dasselbe überhaupt zugelassen wird, also nach römischem Recht nach Mafsgabe der Beschränkung, welche aus dem vorigen sich ergiebt.

handelt, tritt die Wirkung ein, daſs nicht der Stellvertreter, sondern nur der dominus aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet wird. Das Rechtsgeschäft muſs also im Namen des dominus geschlossen sein. Nur in diesem Fall, wo die Stellvertretung für den Vertragsgegner erkennbar ist (man pflegt solche Stellvertretung als offene Stellvertretung zu bezeichnen), finden die Rechtssätze über Stellvertretung Anwendung.

Dagegen tritt derjenige Beauftragte (oder Vormund), welcher zwar im Interesse, aber nicht im Namen seines dominus, sondern im eignen Namen handelt (sog. stiller oder geheimer Stellvertreter), überhaupt gar nicht als Stellvertreter auf, und in solchem Fall finden daher die Rechtssätze über Stellvertretung nach heutigem wie nach römischem Recht keine Anwendung. Die Wirkungen des von dem stillen Stellvertreter geschlossenen Rechtsgeschäfts treten nur zu Lasten und zu Gunsten des Handelnden ein, nicht zu Lasten noch zu Gunsten des dominus negotii. Erst durch ein zweites Rechtsgeschäft müssen die Wirkungen des ersten Rechtsgeschäfts, z. B. der Eigentumserwerb, auf den dominus negotii übertragen werden.

Keine Stellvertretung ist die sog. unfreie Stellvertretung, d. h. der rechtsnotwendige Erwerb des Herrn durch seinen Sklaven, des paterfamilias durch den filiusfamilias (oben S. 100. 110). Das Rechtsgeschäft wirkt hier grundsätzlich nur zu Gunsten des dominus, nicht auch zu seinen Lasten (er wird grundsätzlich nicht verpflichtet aus dem Darlehn, obgleich er das Eigentum an dem empfangenen Geld erwirbt). Es tritt also nur teilweise Stellvertretungseffect ein. Damit der dominus nicht bloſs berechtigt, sondern auch verpflichtet werde aus dem Rechtsgeschäft, müssen hier anderweitige besondere Voraussetzungen vorliegen (unten § 75). Und ferner: es ist für jenen rechtsnotwendigen Erwerb des Herrn gleichgiltig, ob der servus, bezw. filiusfamilias, im eignen Namen oder im Namen des Herrn, ob er bevollmächtigt oder unbevollmächtigt gehandelt hat. Die Rechtssätze über Stellvertretung finden auf dies Verhältnis keine Anwendung.

PAULUS sent. V 2 § 2: Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest; sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est.

II. Der Rechtsschutz.

§ 33.

Einleitung.

Der Eigentümer braucht sich nicht gefallen zu lassen, daſs jemand ihm seine Sachen eigenmächtig wegnimmt. Durch Abwehr des Angriffes schützt er sein Recht selber durch Eigenmacht. Diese Art der Eigenmacht (wir wollen sie Selbstverteidigung nennen) ist gestattet: vim vi repellere licet. Sie stellt eine Art der Ausübung des verteidigten Rechts dar.

Anders dagegen liegt der Fall, wenn die Rechtsverletzung schon vollzogen ist, und es sich also nicht um Abwehr, sondern um Wiederaufhebung der schon geschehenen Rechtsverletzung handelt. Hier ist die Eigenmacht (die Selbsthilfe) ausgeschlossen. Hier würde die Eigenmacht nicht Ausübung des verletzten Privatrechts, sondern Überschreitung desselben sein, weil das Privatrecht immer nur Herrschaftsrechte in Bezug auf sachliche (unfreie) Objecte giebt (oben S. 14. 93), niemals aber directe Gewalt über einen freien, ebenbürtigen Willen. Die Überwindung des dem Recht widerstrebenden Willens (die Vollstreckung des Rechts) ist nach römischem wie nach heutigem Recht der Staatsgewalt vorbehalten. Der einzige Weg, um nach vollzogener Rechtsverletzung zur Vollstreckung des Rechts zu gelangen, ist daher die Anrufung der Staatsgewalt, die Klage (actio).

Die Forderungsrechte haben die Eigentümlichkeit, daſs hier der Gläubiger (vor Empfang der Zahlung) sich niemals in Ausübung seines Rechts befindet, daſs er immer direct nicht einem sachlichen Object, sondern einer gegnerischen Person gegenüber steht, daſs also die Eigenmacht des Gläubigers (um zu seiner Befriedigung zu gelangen) niemals Selbstverteidigung, sondern stets Selbsthilfe bedeutet. Der Gläubiger ist also grundsätzlich immer an die gerichtliche Klage zum Zweck zwangsweiser Befriedigung seines Rechts gewiesen.

Die Selbsthilfe, welche wir nach dem vorigen als eigenmächtige Rechtsvollstreckung definieren, ist nach römischem Recht infolge eines decretum divi Marci (von Marc Aurel) als solche strafbar. Sie wird bestraft durch den Verlust des eigenmächtig exequierten Rechts, eventuell (falls der Handelnde das Recht in Wirklichkeit nicht einmal hatte) durch die Pflicht zur doppelten Erstattung des eigenmächtig Angeeigneten.

Es giebt jedoch Ausnahmen von dem Verbot der Selbsthilfe. So namentlich in dem wichtigen Fall, wo der gerichtliche Schutz thatsächlich nicht ausreicht, z. B. dem Schuldner gegenüber, welcher durch Flucht sich der Klage entziehen will. Dann ist schon nach römischem Recht die Selbsthilfe Recht, nicht Unrecht.

L. 13 D. quod met. causa (4, 2): Exstat enim decretum d. Marci in haec verba: OPTIMUM EST, UT SI QUAS PUTAS TE HABERE PETITIONES, ACTIONIBUS EXPERIARIS. Cum Marcianus diceret: „vim nullam feci", Caesar dixit: TU VIM PUTAS ESSE SOLUM, SI HOMINES VULNERENTUR? VIS EST ET TUNC, QUOTIENS QUIS ID, QUOD DEBERI SIBI PUTAT, NON PER JUDICEM REPOSCIT. QUISQUIS IGITUR PROBATUS MIHI FUERIT, REM ULLAM DEBITORIS VEL PECUNIAM DEBITAM, NON AB IPSO SIBI SPONTE DATAM, SINE ULLO JUDICE TEMERE POSSIDERE VEL ACCEPISSE, ISQUE SIBI JUS IN EAM REM DIXISSE, JUS CREDITI NON HABEBIT.

§ 34.

Der römische Civilprocefs[1].

Die Grundlage des classischen römischen Civilprocesses ist die Zweiteilung des Verfahrens in zwei scharf von einander ge-

---

[1]) Das classische Werk über den römischen Civilprocefs ist noch immer Keller, Der römische Civilprocefs und die Actionen, in 6. Aufl. von Wach (1883) vortrefflich bearbeitet. Unter den neueren Werken, denen eine wesentliche Förderung unserer Kenntnis auf diesem Gebiete zu danken ist, sind namentlich zu nennen Bekker, Die Actionen des römischen Privatrechts, 2 Bde. (1871. 1873); Karlowa, Der römische Civilprocefs zur Zeit der Legisactionen (1872); Baron, Abhandlungen aus dem röm. Civilprocefs, 3 Bde. (1881. 1882. 1887), und das, bedeutende wenngleich nicht unanfechtbare Grundgedanken entwickelnde Buch von Aug. Schultze, Privatrecht und Procefs in ihrer Wechselbeziehung (1883) S. 228 ff. Neue wichtige Resultate namentlich, aber nicht ausschliefslich für die Gerichtsverfassung bringt O. E. Hart-

trennte Abschnitte: in das Verfahren in jure und das Verfahren in judicio.

Das Verfahren in jure ist das Verfahren vor dem Magistrat, d. h. vor der Gerichtsobrigkeit, der Verwalterin und Vertreterin der souveränen Staatsgewalt: seit Einführung der Prätur also in der Regel vor dem Prätor. Die Aufgabe des Verfahrens in jure ist, die Zulässigkeit des Anspruchs (ob überhaupt ein im Wege des Civilprocesses verfolgbarer Anspruch erhoben wird), den Inhalt des Anspruchs und zugleich die Bedingungen seiner Geltendmachung festzustellen. Das Verfahren in jure gipfelt und endigt (soferne nicht eine confessio in jure erfolgt, vgl. oben S. 31) mit der sog. litis contestatio, d. h. mit der Formulierung des Rechtsstreits, um dadurch die Grundlage für das judicium (die Entscheidung des Rechtsstreits) herzustellen. Der Act führt seinen Namen von der ursprünglich (im Legisactionenprocefs) mit demselben verbundenen zweiseitigen feierlichen Zeugenaufrufung seitens der Parteien[2]).

mann, Der Ordo judiciorum und die Judicia extraordinaria der Römer, erster Teil, über die römische Gerichtsverfassung, ergänzt und herausgegeben von A. Ubbelohde (1886).

[2]) Festus de verborum signif.: Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: testes estote. Beide Parteien haben Zeugen aufzurufen (contestari). Sie unterwerfen sich dadurch zugleich feierlich dem über die so formulierte Frage angeordneten judicium. Daher die Anschauung, dafs judicio (durch Vollziehung der litis contestatio) contrahitur (Cicero de leg. III 3: lites contractas judicanto; l. 3 § 11 D. 15, 1: sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi). Die Worte „ordinato judicio" wurden bisher dahin verstanden, dafs die Zeugenaufrufung erst nach der legis actio (der Formulierung des Rechtsstreits) und nach der darauf folgenden Einsetzung eines judicium erfolgt sei. Durch die Ausführungen von Hartmann-Ubbelohde a. O. S. 447 ff. ist jedoch der Nachweis erbracht worden, dafs „ordinato judicio" soviel heifst wie „causa per sortem ordinata". Bei Beginn der Gerichtssitzung wurde die Reihenfolge der von dem Magistrat in jure bereits hinlänglich verhandelten und jetzt in das judicium überzuführenden Sachen durch das Los bestimmt. War die einzelne Sache ausgelost und darnach an der Reihe (ordinato judicio; ordo heifst bekanntlich die Reihenfolge), so traten die Parteien (vom praeco aufgerufen) vor und vollzogen zunächst die „litis contestatio" (die Zeugenaufrufung), um sodann vor diesen Zeugen die feierliche Formulierung des Rechtsstreits (legis actio) zu vollziehen. Im formellen Sinn ist litis contestatio also diese Zeugenaufrufung; im materiellen Sinn aber ist

Die Gewährung der litis contestatio seitens des Magistrats bedeutet zugleich die magistratische Entscheidung (decretum), dafs ein an sich zulässiger Anspruch vorliege und dafs derselbe unter den aus dem Inhalt der litis contestatio hervorgehenden Bedingungen zu realisieren sei.

Aber das Verfahren in jure vermag nicht zu einem Urteil im Rechtssinn (zu einer sententia) zu führen. Damit vielmehr der nunmehr (durch die litis contestatio) formulierte und für zulässig erklärte Rechtsstreit sein Urteil finde, mufs der Procefs aus der Hand des Magistrats in die Hand einer Privatperson (unter Umständen auch mehrerer collegialisch entscheidender Privatpersonen)[3]) übergehen. Nur der Privatmann, welcher

---

litis contestatio der Act der Streitformulierung („Streitbefestigung"), welcher mit der Zeugenaufrufung anhebt, — das eigentliche (für das Urteil grundlegende) litigare, agere; vgl. Cicero pro Roscio 18, 53: Quid interest inter eum, qui per se litigat et qui cognitor est datus? Qui per se litem contestatur, sibi soli petit: alteri nemo potest, nisi . . . cognitor . . . Vgl. § 35 Anm. 1. Wesen und Recht der litis contestatio konnte daher bei Bestand bleiben, auch als im Formularprocefs die Zeugenaufrufung wegfiel.

[3]) Für Freiheitsprocesse bestand zur Zeit der Republik ein ständiges Geschwornencollegium von Zehnmännern (decemviri stlitibus judicandis), für Erbschaftsprocesse das (in mehrere Abteilungen, consilia, gegliederte) Collegium der Hundertmänner (centumviri) mit 105, später 180 Mitgliedern. Wollte der Prätor eine Sache zu beschleunigter Entscheidung bringen, so konnte er aufserordentlicherweise kraft seines imperium ein Collegium von (gewöhnlich 3 oder 5) recuperatores einsetzen, welche binnen bestimmter Frist zu urteilen hatten. So geschah es namentlich bei Freiheitsprocessen (vindicatio in libertatem), wo dann also durch das Recuperatorengericht die Zuständigkeit der Zehnmänner (welche daher seit Augustus in dieser Function verschwinden) thatsächlich ausgeschlossen wurde. Die lex Aelia Sentia kennt bei der durch vindicatio in libertatem (in jure cessio) zu vollziehenden Freilassung nur noch das Urteil eines Recuperatorencollegiums (oben S. 105 Anm.), und es zeigt die Zahl der in Rom zuzuziehenden je 5 Senatoren und Ritter (5 war das regelmäfsige Maximum eines Recuperatorencollegiums, welches hier verdoppelt, in den Provinzen vervierfacht werden sollte), dafs auch die in Rom fungierenden Urteiler als Recuperatoren gedacht sind. Vgl. Hartmann-Ubbelohde S. 249 ff., wo die herrschende Ansicht, nach welcher die Recuperatorengerichte aus den kraft Staatsvertrag eingesetzten Schiedsgerichten zur Gewährung von Rechtshilfe für Nichtbürger hervorgegangen seien, mit Recht abgelehnt ist, wenngleich die eigne Ansicht Hartmanns, wonach die Recuperatoren überhaupt die älteste Art von Richtern gewesen wären, schwerlich vor den Quellen bestehen kann. Die Einsetzung der Recuperatoren erscheint immer als eine

nicht vermöge frei schaltender Staatsgewalt nach souveränem Ermessen, sondern (kraft seines Eides, welchen er schwört) lediglich nach Mafsgabe des wirklich bereits geltenden Rechts zu urteilen imstande ist[4]), kann ein Urteil im Rechtssinn (eine sententia) abgeben; nur der Privatmann ist imstande, ein wahrer judex, ein Organ des objectiven Rechts zu sein. Die Entscheidung des Magistrats ist auch in Civilsachen formell stets eine Handhabung des souveränen imperium (ein decretum oder interdictum), ist rechtlich ein Machtspruch, kein Wahrspruch[5]).

---

aufserordentliche Rechtshilfe, welche vom Magistrat kraft seines imperium, nicht kraft der „lex" (also auch nicht kraft des uralten, gesetzesgleichen Herkommens) gewährt wird. — Recuperatores (die immer nur für den Einzelfall bestellt wurden) und centumviri waren als solche Privatpersonen, ebenso wie der unus judex. Obgleich die centumviri zu je drei aus jeder der 35 tribus genommen wurden, deutet nichts darauf hin, dafs sie von den Tributcomitien gewählt worden waren. Für die decemviri dagegen ward gegen Ende der Republik Wahl durch die Tributcomitien vorgeschrieben, so dafs sie formell zu den magistratus (minores) populi Romani zählten, doch ohne dafs ihre Stellung zu den Parteien dadurch verändert worden wäre. Es gilt von allen Geschworenen gleichermafsen, auch von den decemviri, dafs sie den Parteien lediglich als Privatpersonen (judex privatus), nicht als mit Zwangsmitteln ausgerüstete Obrigkeit gegenübertreten; vgl. A. Pernice in der Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 5 S. 48.

[4]) Vgl. pr. I. de off. jud. (4, 17): Superest, ut de officio judicis dispiciamus, et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est. Der judex ist, im Gegensatz zu dem Magistrat (vgl. oben S. 29), auch an das Gewohnheitsrecht schlechtweg gebunden. Nur eine ausdrückliche Anweisung des Magistrats (exceptio, actio in factum u. s. w.) kann den judex von der Beobachtung des Rechts entbinden, wobei dann der Magistrat, nicht aber der judex die Verantwortung trägt. Indem der judex das Gewohnheitsrecht anwendet, wird er zugleich (unwillkürlich) zu einem Organ für die Fortbildung desselben: eine Thatsache, auf welche Bekker, Die Actionen des röm. Privatrechts Bd. 2 S. 145 ff., mit Recht hinweist, aber mit der irreführenden Formulierung, als ob dem judex eine „Berechtigung", das objective Recht fortzubilden (dem Magistrat vergleichbar), zukäme.

[5]) Darum kann die obrigkeitliche Entscheidung auch in Civilsachen durch Intercession eines gleich- oder höherberechtigten Magistrats, d. h. durch einen entgegengesetzten Befehl von gleicher Befehlsgewalt (imperium), der eine Befehl also durch einen andern Befehl aufgehoben werden. Daraus hat sich die Appellation des älteren römischen Rechts entwickelt (die „Herbeirufung" des anderen Magistrats zur Intercession). Aus der Appellation an den Kaiser

Nur die Entscheidung des geschworenen Privatmanns (des judex), dessen Stellung nicht auf imperium, sondern auf officium beruht, ist kein Befehl, sondern Urteil, ist ein Wahrspruch (sententia), kein Machtspruch. Darum verlangt der römische Civilprocefs, dafs der Magistrat der Entscheidung des Rechtsstreits sich enthalte, dafs er vielmehr die Entscheidung einer Privatperson übertrage (welche dadurch zum judex für den Procefs bestellt wird). Die Scheidung des Civilprocesses in diese zwei Stadien: Verfahren in jure und Verfahren in judicio, bedeutet grundsätzlich die Befreiung des Privatrechts von der magistratischen Gewalt.

Nachdem in jure der Rechtsstreit zugelassen und formuliert ist (litis contestatio), geht er demnach zu weiterer Verhandlung an einen privaten geschworenen judex (oder an mehrere judices) über. Dies Verfahren vor dem judex ist das Verfahren in judicio. Seine Aufgabe ist, wie schon gesagt, die Entscheidung des Rechtsstreits durch das Urteil (sententia) des judex. Der judex wird zunächst den Thatbestand constatieren, Beweis aufnehmen, soweit es ihm nöthig scheint. Dann giebt er nach bestem Wissen und Gewissen (ex animi sententia) seinen Wahrspruch über das Rechtsverhältnis, d. h. sein Urteil, ab.

Während das Verfahren in judicio, soviel wir sehen können, von den Zeiten der zwölf Tafeln bis zum Abschlufs der classischen Epoche keine wesentliche Änderung erfahren hat, war mit dem Verfahren in jure gegen Ende der Republik eine wichtige Umgestaltung vorgegangen. Der Legisactionenprocefs ward durch den Formularprocefs verdrängt.

§ 35.

Die legis actio.

Das altrömische Verfahren in jure endigte mit einer litis contestatio durch Parteihandlung. Die beiden processierenden

---

ist dann kraft der kaiserlichen Befugnis, alle Processe im Reich den ordentlichen Gerichten zu entziehen und an das kaiserliche Gericht zu bringen, in der Zeit des Principats die moderne Appellation hervorgegangen, welche (gleich der alten Provocation) die Instanz verändert und vor einem höheren Gericht eine Neuverhandlung der Sache zum Zweck eines neuen Urteils herbeiführt. Vgl. J. Merkel, Abhandlungen aus dem Gebiete des römischen Rechts, Heft 2: Über die Geschichte der classischen Appellation (1883).

Teile riefen, nachdem vor dem Magistrat verhandelt war und die Gewährung eines judicium seitens des Magistrats bevorstand, feierlich Zeugen auf, um vor denselben durch eigene formale Handlung, unter ganz bestimmten, hergebrachten Worten ihren Rechtsstreit zu klarem Ausdruck zu bringen (litis contestatio, oben S. 134). Die zu sprechenden Formeln waren entweder durch den Wortlaut eines Volksgesetzes (des Gesetzes nämlich, auf welches sich die Klage gründete) oder durch altüberliefertes Herkommen, welches dem Volksgesetz (der lex) gleichgeachtet wurde, festgestellt. Daher hiefs die Vollziehung der litis contestatio, ja das ganze Verfahren (dessen Mittel- und Schwerpunkt eben jene litis contestatio bildete) eine legis actio[1], d. h. ein gesetzmäfsiges Verfahren. Dies war der eigentliche, ordentliche, echte Procefs, welcher zu solcher litis contestatio und dadurch zu einem judicium, dem Urteil eines Geschwornen (nicht zu einer Entscheidung des Magistrats) führte. Aber noch in einem anderen Sinn konnte diese Art Procefs eine legis actio genannt werden, in dem Sinn nämlich, dafs nicht blofs die Form der litis contestatio, sondern auch der Anspruch selber, dafs für solchen Fall auf Grund der litis contestatio ein judicium gewährt werde, auf Volksgesetz oder gesetzesgleichem Herkommen ruhte. Die römische actio ist nicht blofs ein Recht der gegnerischen Partei, sondern auch dem Magistrat gegenüber, und zwar das Recht auf judicium, d. h. auf Gewährung des ordentlichen Verfahrens (nach jus civile, Volksrecht), auf Eröffnung des Rechtsweges (im Gegensatz zum Verwaltungsweg), auf Einsetzung also eines Privatmannes, welcher den Rechtsstreit durch sein Urteil entscheide. Dies Recht auf judicium (die actio) wird in der alten Zeit durch lex (oder Herkommen, welches der lex gleich gilt) begründet. Daher die Bezeichnung: legis actio.

I. Die legis actio sacramento. Die wichtigste und regelmäfsige Form des Legisactionenprocesses war der sog. Sacramentsprocefs (legis actio sacramento). Beide Parteien beteuern zum Zweck der litis contestatio feierlich ihren Rechts-

[1]) Die litis contestatio wird auch actio genannt, Gaj. IV § 11: in actione vites nominaret. Sie ist die eigentliche legis actio (im formellen Sinn), die solenne Erhebung und Eröffnung des ordentlichen Rechtsstreits, zugleich mit dem Begehren nach einem judicium. Vgl. oben S. 134 Anm. 2.

anspruch (ajo hanc rem meam esse ex jure Quiritium u. s. w., worauf dann der andere mit der gleichen Formel antwortete) und deponieren sodann beide eine Wettsumme (das sog. sacramentum, eine Summe, je nach der Rechtssache, von 500 oder von 50 As), welche jeder verloren haben will, wenn seine Beteuerung als unwahr sich erweisen sollte. Durch diese Wette ward die formale Grundlage für das judicium (die Formulierung des Rechtsstreits) gewonnen, und zugleich, wie wir wohl annehmen dürfen, durch die vollzogene Wette dem Magistrat gegenüber das Recht auf judicium (die actio) formell begründet. Wenn der Mann über eine an sich mögliche Rechtsbehauptung zur Wette (sacramentum) geschritten war, so nötigte er wie den Gegner zum Gegen-Sacrament, so den Magistrat zur Bestellung eines judex. Die legis actio war wirklich eine legis actio sacramento: auf der Procefswette beruhte wie die Entscheidung des judicium, so auch das formale Recht auf judicium. Durch das Mittel des Sacraments ward dem Privatrecht die actio gegeben[2]).

II. Die legis actio per judicis postulationem. In bestimmten Fällen jedoch war durch Gesetz mit einem gewissen Thatbestand, nämlich mit gewissen Contractsthat-

---

[2]) Seine zwingende Kraft für die Obrigkeit hatte das sacramentum wahrscheinlich dadurch, dafs ursprünglich nicht blofs Geldsumme gegen Geldsumme, sondern Eid (ein sacramentum im gewöhnlichen Sinn des Worts) gegen Eid stand. Für die Wahrheit des sacramentum setzt der Schwörende entweder seine Person ein (er consecriert sich selbst den Göttern) oder nur bestimmte Vermögensstücke (er consecriert diese Sachen den Göttern, dieselben sollen eventuell den Göttern verfallen sein). Ein solcher blofser „Vieh-Eid" (so heifst er in deutschen Rechtsquellen), welcher lediglich Vermögensstücke einsetzt, war im Civilprocefs hinreichend. Aber auch mit solchem Vermögens-Eid war eine Frage geschaffen, welche die Entscheidung durch objectives Urteil forderte. Mit anderen Worten: der Magistrat war genötigt, von der eignen Entscheidung (decretum) zurückzutreten und einen Geschwornen (judex), bezw. ein Geschwornencollegium (z. B. die centumviri), durch Wahrspruch (sententia) entscheiden zu lassen. Der Eid begründete die actio (Recht auf judicium). Dann fiel später der Eid weg, und blofs die Geldsumme (das Consecrierte, sacramentum in diesem Sinn), welche übrigens in jüngerer Zeit nicht mehr deponiert, sondern nur noch versprochen wurde, blieb zurück. — Die Kraft des sacramentum findet Schultze a. O. S. 455 ff. darin, dafs es ein eidlich abgegebenes Urteil der Partei bedeute. Gewifs liegt ein Urteil im logischen Sinn, aber schwerlich ein (die Sache entscheidendes) Urteil im Sinn des Civilprocesses vor.

beständen und gewissen Delictsthatbeständen, unmittelbar die actio, d. h. das Recht auf judicium verbunden worden. Es bedurfte des sacramentum und der damit verbundenen Proceſsgefahr nicht. Es genügte, wenn in jure vor dem Magistrat der betreffende Thatbestand (Contract oder Delict) behauptet und auf Grund desselben mit solennen Worten die Bestellung eines judex gefordert wurde, um den Magistrat zur Einsetzung eines judicium zu nötigen. Der Thatbestand muſste aber genau der den verba legis entsprechende Thatbestand sein, und deshalb genau mit den verba legis beschrieben werden. Weil in diesen Fällen das Begehren eines judex den Magistrat unmittelbar zur Gewährung des judicium nötigte, so hieſs diese legis actio eine legis actio per judicis postulationem[3]).

III. Die legis actio per condictionem. Es waren persönliche Schuldforderungen, für deren Geltendmachung die l. a. per judicis postulationem bestimmt war. Eine Fortbildung der persönlichen Schuldklage bedeutete die legis actio per condictionem, welche durch eine lex Silia für den Anspruch auf eine certa pecunia, dann durch eine lex Calpurnia auch für

[3]) Auf diese legis actio per judicis postulationem beziehe ich das von Gajus IV § 11 gegebene Beispiel von der legis actio de arboribus succisis. Als zweifellos darf man annehmen, daſs ursprünglich auf Grund der 12 Tafeln auch wirklich nur wegen abgehauener Bäume die actio zuständig war. Erst die spätere interpretatio lieſs die actio auch in anderen Fällen, insbesondere auch de vitibus succisis zu; in der litis contestatio muſsten aber immer noch die Gesetzesworte „de arboribus succisis" gebraucht werden. Dadurch entstand dann der Formalismus, welchen Gajus berichtet. Daſs von vornherein die 12 Tafeln de arboribus succisis geredet hätten, um auch die vites darunter zu begreifen, ist selbstverständlich ausgeschlossen. Der Satz, daſs nur de arboribus succisis geklagt werden könne, bedeutete also ursprünglich, daſs wirklich nur auf Grund des dem Gesetzesbuchstaben entsprechenden Thatbestandes die actio zuständig war. Die spätere Entwickelung lieſs den letzteren Grundsatz in Wirklichkeit fallen (gab also die actio auch de vitibus succisis), hielt ihn aber dem Schein nach aufrecht (die actio wurde formell immer nur de arboribus succisis erhoben). Was uns an dem von Gajus berichteten Formalismus als unsinnig erscheint, ist also als das Resultat späterer Entwickelung zu betrachten. — Ein anderes Beispiel der legis actio per judicis postulationem ist die actio fiduciae, oben S. 36 Anm. 10. Weitere Fälle s. bei Voigt, Die zwölf Tafeln Bd. 1 S. 586 ff. — Über die legis actio per judicis postulationem vgl. A. Schmidt in der Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 2 (1881) S. 155 ff.

die Schuldforderung auf eine certa res eingeführt wurde[4]). Nahm es der Kläger bei einer persönlichen Klage auf sich, den Inhalt seines Anspruchs genau auf eine bestimmte Geldsumme (certam pecuniam dare) oder auf die Eigentumsverschaffung an einer bestimmten Sache (certam rem dare) zu fixieren, so konnte er gleichfalls unmittelbar die Bestellung eines judex vom Magistrat verlangen. Darin lag eine Gefahr, weil der Kläger seinen Procefs verlor, wenn er zwar zu fordern, aber nicht genau das Angesprochene zu fordern hatte, andrerseits aber auch ein Vorzug, weil diese actio auch in solchen Fällen möglich war, wo der Thatbestand an sich das Recht der judicis postulatio nicht erzeugte, ja wo überhaupt vielleicht ein vom Recht als zweifellos anerkannter Anspruch nicht existierte (z. B. wenn weiter nichts vorlag, als dafs der eine auf Kosten des andern bereichert war). Wie bei der l. a. per judicis postulationem in der litis contestatio nur der Thatbestand formuliert ward, ohne Bezeichnung des daraus abgeleiteten Anspruchs (legis actio in factum concepta), so ward hier umgekehrt in der litis contestatio nur der Anspruch formuliert, nicht aber der Thatbestand (legis actio in jus concepta). Es war eine abstracte Schuldklage, welche in dem Act der solennen Streitformulierung (litis contestatio) den concreten Schuldgrund nicht erkennen liefs[5]).

Für die Fälle dieser zweiten legis actio war eine andere Art der judicis postulatio vorgeschrieben, als sie bei der legis actio per judicis postulationem altherkömmlich war. Auf die legis actio per judicis postulationem ward von altersher sofort der judex vom Magistrat gegeben[6]). Die legis actio per condictionem hatte

[4]) Gaj. IV § 18—20.

[5]) J. Baron, Abhandlungen aus dem römischen Civilprocefs Bd. 1: Die Condictionen (1881).

[6]) Gaj. IV § 15: Ut autem [die] XXX. judex daretur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem [stat]im dabatur judex. Was hier von der legis actio sacramento berichtet wird, dafs früher sofort der judex gegeben ward, darf auch für die l. a. per judicis postulationem angenommen werden. Die Lesart „nondum dabatur judex“ scheint mir, auch von Studemunds Zeugnis abgesehen, durch sachliche Gründe ausgeschlossen. Dafs die legis actio sacramento jemals ein Verfahren ohne judicium (also lediglich in jure, wie z. B. A. Schmidt a. O. S. 160 Anm. 3 annimmt) gewesen wäre, ist in hohem Grade unglaublich, und wird sowohl durch das Wesen der actio

aber den jüngeren Modus, welcher mit der späteren Organisation der Richterbestellung überhaupt zusammenhing[7]), daſs der judex nicht sofort gegeben ward, sondern die Parteien sich vereinbarten, nach 30 Tagen zur Erwählung und Ernennung eines judex (ad judicem capessendum) wiederum in jure vor dem Prätor zu erscheinen. Der Kläger richtete dabei an den Gegner die feierliche Ansage, daſs er nach 30 Tagen wieder vor dem Tribunal des Magistrats zum Zweck der Einsetzung des judicium zu erscheinen habe[8]). Diese Ansage hieſs condictio (wörtlich: Gedinge, Beredung). Daher der Name: legis actio per condictionem. Wir sehen, daſs der Sinn dieser Bezeichnung genau derselbe ist, welcher der anderen Klagart den Namen legis actio per judicis postulationem gegeben hat. In beiden Fällen ist das Begehren der Partei nach einem judex unmittelbar für die Obrigkeit verbindlich.

IV. Die legis actio per manus injectionem. In gewissen auſserordentlichen Fällen entspringt die actio aus der bereits vollzogenen Executionshandlung, wie beim Sacramentsproceſs aus der vollzogenen Beteuerungshandlung.

Die normale Executionshandlung ist die gerichtliche, d. h. in jure vor dem Magistrat vollzogene Handanlegung an den Gegner (manus injectio)[9]). Sie ist die Ergreifung des Gegners

---

(oben S. 138), wie durch die Umstände, welche die l. a. sacramento nur deshalb macht, um zu einem judicium zu gelangen, ausgeschlossen.

[7]) Vgl. darüber Karlowa, Civilproceſs zur Zeit der Legisactionen S. 252 ff.

[8]) Die monatliche Frist mochte dem Beklagten zugleich eine Frist des Aufschubs bedeuten, die ihm gestatten sollte, inzwischen freiwillig zu erfüllen. Es war klar, daſs der Kläger zu einem judicium kommen würde. Der Magistrat hatte den klägerischen Anspruch für geeignet zur Niedersetzung eines judicium anerkannt. Unter dem Druck dieser Thatsache mochte der Beklagte binnen der monatlichen Frist sich zur freiwilligen Befriedigung des Klägers entschlieſsen; vgl. Baron S. 211.

[9]) Die auſsergerichtliche manus injectio ist niemals Executionshandlung, sondern entweder Besitzergreifungshandlung an einem Unfreien (z. B. Livius III 44: Claudius vollzieht an der Virginia die manus injectio, um sie als seine Sklavin mit nach Hause zu nehmen) oder Ladungshandlung. Auf jede in jus vocatio (solenne wörtliche Ladung des Gegners) folgte im Fall der Weigerung des Vocierten die manus injectio, um ihn vor Gericht zu bringen, XII tab. I 2. In gewissen Fällen konnte ohne

zur Abführung in die Schuldknechtschaft. Der Gegner ist aufserstande, sich selber zu verteidigen, weil er kraft der manus injectio bereits servi loco ist[10]). Aber ein anderer kann als vindex für ihn eintreten und das manum injicere des Angreifers durch manum depellere beseitigen. Das manum depellere ist Zerstörung der voraufgegangenen manus injectio: der Schuldner wird frei und kann wegen derselben Sache nicht wieder in Anspruch genommen werden. Der vindex aber ist zur Entschädigung des Gläubigers verpflichtet, dessen Executionshandlung er vernichtet hat. Er hat sofort die Schuld zu zahlen, um derentwillen die manus injectio vorgenommen war[11]). Weigert er sich aber der Schuldzahlung, weil er die Rechtmäfsigkeit der manus injectio bestreitet, so kommt es zum Procefs, und der unterliegende vindex hat dann das doppelte zu zahlen. Dieser Procefs ist im Wege ordentlichen Verfahrens unter Bestellung eines judex zu ent-

---

vorgängige in jus vocatio sofort zur manus injectio geschritten werden, so gegen den judicatus (um ihn zwecks der gerichtlichen manus injectio vor den Prätor zu bringen), gegen den fur manifestus und in anderen (criminellen) Delictsfällen, vgl. Demelius in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 1 S. 362 ff. Solche Einleitung des Verfahrens durch aufsergerichtliche manus injecto ist an sich für den Gang des Verfahrens völlig unerheblich und hat den Procefs niemals zu erzeugen, sondern immer nur vorzubereiten. Die gerichtliche manus injectio (und sie allein) erzeugt dagegen den Procefs (die actio). Es giebt also viele Manusinjectionen (gerichtliche, aufsergerichtliche, und letztere wieder von verschiedener Art), aber nur eine legis actio per manus injectionem: die actio nämlich, welche aus der gerichtlichen manus injectio (der Executionshandlung) hervorgeht.

[10]) Der Ausschlufs des Gegners von der Antwort lediglich kraft der manus injectio bestätigt, dafs es nach altem Recht für die Wirkung der manus injectio keiner addictio durch den Prätor bedurfte. Vgl. v. Jhering, Geist des röm. Rechts Bd. 1 S. 152.

[11]) Beispiel Livius VI 14: (M. Manlius) centurionem, nobilem militaribus factis, judicatum pecuniae cum duci vidisset, medio foro cum caterva sua accurrit et manum injecit, vociferatusque de superbia Patrum ac crudelitate foeneratorum . . . rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum emittit. Zu beachten ist, dafs das manum depellere hier gleichfalls manum injicere genannt wird. So steht manus injectio gegen manus injectio, wie sonst Sacrament gegen Sacrament. In den zwölf Tafeln (III 3) wird die Handlung des vindex als vindicare bezeichnet: sie ist Gewalt (manum depellere) gegen Gewalt (manum injicere). Vgl. Demelius, Die confessio S. 56.

scheiden. In diesem Sinn[12]) erzeugt die manus injectio eine actio: die legis actio per manus injectionem. Die gerichtliche manus injectio (die Executionshandlung) trägt das Recht in sich, daſs im Fall des Widerstreits ein judicium zur Entscheidung des Conflicts bestellt werde.

Aber Voraussetzung der gerichtlichen manus injectio ist eine liquide Geldschuld. Der Normalfall ist das Judicat: die Verurteilung zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme durch sententia des Geschworenen (in judicio). Dem judicatus galt der aeris confessus gleich (der vor dem Magistrat, in jure, eine Geldschuld anerkannt hatte): gegen ihn ging die manus injectio pro judicato. Neben der Judicatsschuld stand wahrscheinlich ursprünglich die Schuld aus dem nexum, die formale Obligation des alten Civilrechts (oben S. 27). Später wurden durch Volksgesetze andere Schuldfälle der Judicatsschuld gleichgestellt, aber für die meisten Fälle die Wirkung der manus injectio dahin abgeschwächt, daſs der Schuldner sein eigener vindex sein, also selber manum sibi depellere konnte, wo er dann selbst Proceſssubject blieb und eventuell selber in das doppelte verurteilt wurde. So gab es dann zwei Arten dieser Proceſsform: legis actio per manus injectionem pro judicato (wo der Schuldner nur durch einen vindex sich verteidigen konnte), und l. a. p. m. i. pura (wo der Schuldner sich selber verteidigen konnte). In allen Fällen aber blieb die manus injectio, welche in jure vollzogen worden war, der formale Gegenstand des Processes und des Urteils, weil die actio, das Recht auf judicium, formell nicht unmittelbar aus dem Privatrecht, sondern aus der manus injectio hervorging.

V. Die legis actio per pignoris capionem. Der manus injectio verwandt war die pignoris capio. Bestimmte Schuldforderungen hatten das gesetzliche Privileg, daſs sie durch pignoris capio, d. h. durch auſsergerichtliche Wegnahme von Vermögensstücken des Schuldners exequiert werden konnten. Das Kennzeichen solcher gesetzlichen pignoris capio waren die certa verba, mit denen sie zu vollziehen war. Der Gepfändete hatte dann die Pfandsachen binnen bestimmter Frist

[12]) Vgl. v. Jhering, Geist Bd. 1 S. 152 ff., wo zuerst auf die proceſserzeugende Wirkung der manus injectio mit Nachdruck hingewiesen ist.

einzulösen (wahrscheinlich unter Zuschlag einer Strafsumme), widrigenfalls verfielen die Pfänder (so darf man vermuten) dem Pfandnehmer zu Eigentum.

Dem Gepfändeten mufs in irgend einer Form das Recht zugestanden haben, vor dem Magistrat (in jure) Widerspruch gegen die geschehene Pfandnahme zu erheben. Wie das Sacrament zum Gegensacrament, das manum injicere zum manum depellere, so nötigte die pignoris capio den Gegner, falls er sich verteidigen wollte, zum Protest. Auch hier lag dann ein qualificierter Conflict vor, welcher den Magistrat von der eignen Entscheidung ausschlofs und zur Bestellung eines judicium verpflichtete. So erzeugte die pignoris capio eine actio: die legis actio per pignoris capionem[13]).

Die Fälle, in denen zur pignoris capio geschritten werden konnte, waren an sich, soviel wir sehen können, nicht imstande, ein ordentliches Civilverfahren zu erzeugen. Es waren teils Schuldforderungen des öffentlichen Rechts (so das Recht des Soldaten auf seinen Sold, auf Pferdegeld und auf Futtergeld, das Recht des Steuerpächters auf die dem Staat geschuldete Abgabe), oder es waren Fälle privatrechtlicher Schuldverbindlichkeit, welche wir für die alte Zeit als von Rechts wegen unverbindlich bezeichnen dürfen: so die Kaufgeldschuld aus dem formlosen Kaufvertrag (falls ein Opfertier verkauft war) und die Mietgeldschuld aus dem formlosen Mietvertrag (falls ein Zugtier vermietet war, um das Mietgeld für ein Opferlamm an den Jupiter, den Schutzgott der Ernte, zu verwenden). Vielleicht fand die pignoris capio (als Beschlagnahme des Nachbargrundstücks) auch in dem Fall des damnum infectum statt: wo von dem Nachbargrundstück (z. B. dem baufälligen Hause des Nachbarn) ein Schaden noch erst drohte, also noch kein Schaden wirklich geschehen war[14]).

---

[13]) Vgl. v. Jhering, Geist Bd. 1 S. 159 ff.; Karlowa, Legisactionen S. 201 ff.

[14]) Diese, von v. Bethmann-Hollweg, Civilprocefs Bd. 1 (1864) S. 204 Anm. 13, aufgestellte Vermutung hat mannigfachen Beifall gefunden, so bei Karlowa, Legisactionen S. 216 ff.; Wach bei Keller, Röm. Civilproc. 6. Aufl. § 20 Anm. 267a. Dawider namentlich Burckhard in Glücks Commentar zu den Pandekten Buch 39 (1875) S. 77 ff.

In all diesen Fällen war von Rechts wegen keine actio gegeben. Auch die legis actio sacramento war unzuständig, weil das Sacrament auf ein dare oder facere oportere, auf das Bestehen einer nach Civilrecht vollkräftigen Schuldverbindlichkeit zu richten war. Aber durch den Umweg der pignoris capio gelangte der Anspruch entweder zur Befriedigung (falls der Gegner sich die pignoris capio gefallen liefs) oder zur actio (falls der Gegner Widerspruch erhob).

Das Recht der pignoris capio hatte instar actionis: die Verleihung des Pfändungsrechts kam der Verleihung eines Klagrechts gleich.

VI. Rückblick. Ziehen wir die Summe des vorigen, so sehen wir: Das Privatrecht hat eine legis actio teils unmittelbar (per judicis postulationem, per condictionem), teils mittelbar. Das Mittel, durch welches das direct auf ordentliches Civilverfahren nicht berechtigte Privatrecht dennoch zur actio gelangt, ist entweder die feierliche Beteuerung (sacramentum) oder die feierliche Vollstreckungshandlung, sei es der Personalexecution (manus injectio), sei es der Realexecution (pignoris capio).

Die legis actio sacramento ist die allgemeine Klagform: die übrigen Legisactionen sind auf die Fälle beschränkt, für welche sie durch Volksgesetz (lex) oder gesetzesgleiches Herkommen bestimmt sind.

Diese speciellen Legisactionen sind sämtlich Formen für die Geltendmachung von Forderungsrechten (d. h. für die sog. persönliche Klage, vgl. unten § 39). Also eine Fülle von Procefsformen, die ausgebildet sind, um dem Gläubiger zu seinem Recht zu helfen. Auch durch legis actio sacramento kann der Gläubiger vorgehen, nicht blofs bei Ansprüchen auf ein certum, sondern ebenso bei Ansprüchen auf ein incertum (z. B. pro fure damnum decidere oportere), falls die Existenz eines solchen Anspruchs bestritten war, falls also die eigentümliche Form der Procefswette (welche einander ausschliefsende Behauptungen forderte) thatsächlich Anwendung finden konnte. Dagegen war für alle Ansprüche aus Gewaltverhältnissen (sog. dingliche Ansprüche), mochte es sich um Gewalt über Sachen (Eigentum, Erbrecht, Servitut) oder um Gewalt über Personen (eheherrliche, väterliche, vormundschaftliche Gewalt) handeln, die legis actio

sacramento die einzige Procefsform. Unter Ergreifung des Streitobjects[15]) hatten beide Teile ihr Recht an demselben sacramento zu beteuern (vindicatio und contravindicatio)[16]). Damit war die litis contestatio und die Grundlage des judicium gegeben. Für die Dauer des judicium regulierte der Prätor nach freiem Ermessen den Besitz (vindicias dare).

Also: nur eine einzige Form für die Eigentumsklage, überhaupt für die dingliche Klage, aber eine Fülle von Formen für die Schuldklage. Von vornherein liegt die eigentümliche Zeugungskraft auch des römischen Procefsrechts auf dem Gebiet des Obligationenrechts.

Gaj. Inst. IV § 11: Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant, et ideo inmutabiles proinde atque leges observabantur: unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio conpeteret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.

§ 36.

Der Formularprocefs.

Das Wesen des soeben geschilderten Legisactionenprocesses gipfelt in der am Schlufs des Verfahrens in jure erfolgenden Formulierung des Rechtsstreits (litis contestatio) durch solenne Parteihandlung. Die an den Gesetzesbuchstaben gebundene und mit der Kraft des Gesetzesbuchstabens wirkende Spruchformel der Partei erzeugt die actio (das concrete formale Recht auf judicium) und giebt die Grundlage für das judicium.

---

[15]) Dem „Anefang" bei der deutschen Vindication entsprechend.

[16]) Mit dem sacramento provocare (d. h. der Beteuerung des eignen Worts) war die Schelte des gegnerischen Worts (injuria vindicavisti) verbunden, welche das gegnerische Wort rechtlich vernichtete (gerade wie die deutsche Urkundenschelte die gegnerische Urkunde, die deutsche Eidesschelte den gegnerischen Eid), und welche dadurch den Gegner nötigte, gleichfalls sacramento zu antworten.

Die solenne feierliche Handlung kann nicht wiederholt werden[1]). Daraus folgt mit Rechtsnotwendigkeit (ipso jure), daſs die solenne litis contestatio des Legisactionenprocesses den Untergang des Klagerechts herbeiführt. In dem Augenblick, wo die actio im formellen Sinn (das Recht, für diesen Streit einen Geschworenen zu begehren) aus der litis contestatio entspringt, geht die actio im materiellen Sinn, d. h. das Recht auf litis contestatio, zu Grunde. Die litis contestatio kann nur einmal vollzogen werden. Die litis contestatio consumiert das Klagerecht.

Es folgt aber ferner: Ist in der Formel ein Versehen gemacht worden, so kann sie nicht noch einmal besser gesprochen werden. Die fehlerhafte Formel bewirkt den Verlust des Processes. Die Spruchformel kann nicht wiederholt noch gebessert werden[2]). Der Gebrauch der Spruchformel ist, weil ein Act der processualischen Consumtion, zugleich ein Act mit processualischer Gefahr.

Und doch war gewiſs, daſs die Spruchformel bald ihrem Zweck, den Streit für die Entscheidung durch den judex zu formulieren, nicht mehr genügen konnte. Die Spruchformeln waren unveränderlich, weil der Wortlaut des Gesetzes sich nicht veränderte, dem sie entsprangen. Dennoch war das Recht veränderlich, welches auf Grund des Gesetzeswortlauts sich entwickelte. Der Gesetzesbuchstabe ward in der Praxis oft genug weitherzig interpretiert. Auf Grund eines Paragraphen der zwölf Tafeln, welcher de arboribus succisis handelte, ward von der Praxis späterhin eine Klage de vitibus succisis zugelassen. Aber der Wortlaut der zwölf Tafeln und darum auch der Spruchformel blieb derselbe. In der litis contestatio muſste de arboribus succisis geredet werden, obgleich die Klage de vitibus succisis gemeint war[3]). Wie sollte aber der judex durch solche litis contestatio erfahren, was

[1]) Gerade so im altdeutschen Proceſs, wo der Rechtssatz galt: „ein Mann ein Wort“, d. h. der Mann hat nur ein Wort; das gesprochene Wort kann nicht zurückgenommen, noch wiederholt, noch verbessert werden.

[2]) Gaj. Inst. IV § 108: Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. Vgl. IV § 11, oben S. 147.

[3]) Vgl. oben S. 140 Anm. 3.

in Wirklichkeit gemeint war? Solche litis contestatio mufste zu einer blofsen Maske werden, welche den verschiedenartigsten Rechtsfällen aufgesetzt werden konnte. Die Formulierung des Rechtsstreits durch die litis contestatio wurde häufig genug zu einem blofsen Schein der Formulierung. Der judex war, um hinter der Maske den wirklich ihm vorliegenden Rechtsstreit zu erkennen, auf andere Hilfsmittel angewiesen.

Überhaupt lag es in der Natur der Verhältnisse, dafs der judex auch anderweitig amtliche Mitteilung über den zu entscheidenden Rechtsfall entgegennahm.

Das judicium mufste in jedem Einzelfall[4]) durch den Prätor erst gebildet werden. Seine Ernennung (nach Mafsgabe des Vorschlags der Parteien) teilte der Prätor dem erkorenen Privatmann schriftlich mit. Der schriftliche Ernennungsact (formula) war selbstverständlich von einer kurzen Mitteilung über den Rechtsstreit begleitet, für welchen der Adressat zum Geschworenen bestellt war. Diese kurze Mitteilung war an sich nichts, aber es konnte alles aus ihr werden. Zunächst war die Folge, dafs der bestellte judex eine doppelte Formulierung der Streitfrage vor sich hatte: einmal die mündliche Formulierung durch die solenne litis contestatio der Parteien (oben S. 134. 147), zum andern diese schriftliche Formulierung seitens der Obrigkeit. Allerdings: mafsgebend war für ihn zur Zeit des Legisactionenprocesses allein die mündliche litis contestatio, jene mit den verba legis von den Parteien in jure vollzogene Handlung. Die schriftliche Instruction seitens des Prätors war ohne jede Rechtskraft für den Procefs, war gewissermafsen rein vertraulicher Natur. Aber es lag in der Natur der Dinge, dafs das Machtverhältnis zwischen formula (Formulierung seitens der Obrigkeit) und litis contestatio (Formulierung seitens der Partei) allmählich eine andere Gestalt gewinnen mufste. Die litis contestatio der Parteien war an die verba legis gebunden und ward daher genötigt (wie wir schon gesehen haben), oft geradezu unwahr und damit inhaltslos zu werden. Dagegen war die obrigkeitliche Formulierung

[4]) Wenn nicht ständige Geschworenencollegien, wie das Decemviralgericht und das Centumviralgericht, competent waren, vgl. oben S. 135 Anm. 3.

frei: sie gab den wirklichen Rechtsstreit, nicht blofs die Schablone wieder, hinter welcher er sich verbarg.

Die obrigkeitliche Formulierung mufste für den judex die in Wahrheit mafsgebende Formulierung werden. Die litis contestatio der Parteien erschien daneben als eine Komödie, welche um des einmal geltenden Rechts willen aufgeführt werden mufste, um zur actio zu gelangen. Es fehlte nur noch, dafs die neue Art der Formulierung (die obrigkeitliche formula) auch von Rechts wegen für ausreichend erklärt wurde. Das geschah durch die lex Aebutia (etwa 200 v. Chr.) und zwei leges Juliae (wohl die beiden leges judiciariae, eine lex privatorum und eine lex publicorum judiciorum von August). Die Vollziehung der feierlichen litis contestatio alten Stils ward für unnötig erklärt. Es genügte, wenn der Rechtsstreit durch die obrigkeitliche formula (den Erlafs an den judex) formuliert und dem judex mitgeteilt war. Die Parteien mochten wählen, ob sie noch in alter Weise mit Legisactionenprocefs oder in neuer Weise mit Formularprocefs verfahren wollten. Kein Zweifel, dafs der alte Legisactionenprocefs nicht aufgehoben wurde. Aber er verschwand von selber, und durch einmütige Bewegung der Praxis ist der Formularprocefs der Procefs der Folgezeit geworden. Die obrigkeitliche formula war in diesem Formularprocefs die amtliche, für den judex mafsgebende Formulierung der Streitfrage, die Grundlage des judicium. Das Ziel des Verfahrens in jure ward ein anderes als bisher: an die Stelle der alten litis contestatio trat die Erteilung der formula als Abschlufs und Hauptact des Verfahrens in jure: diese Frage, welche die formula enthielt, war es nunmehr, welche vom judex im judicium entschieden werden mufste.

So werden wir uns die sog. „Einführung" des Formularprocesses durch die genannten Volksgesetze vorstellen dürfen[5].

[5]) Dafs die formula durch die lex Aebutia nicht erst eingeführt, sondern bereits zur Zeit der Legisactionen aufgekommen ist, kann gegenwärtig als allgemein angenommen gelten. Die im Text gegebene Entwickelungsgeschichte des Formularprocesses ist eine Hypothese, welche versuchen soll, das Aufkommen der formula zu erklären. In ähnlicher Richtung geht die Ausführung bei Bekker, Actionen Bd. 1 S. 87. 88. Die herrschende Ansicht ist dagegen geneigt, den Ursprung der formula in dem Verfahren vor dem praetor peregrinus (weil der Peregrine von der Vollziehung der civilen legis actio aus-

Wie wir sehen, keine plötzliche Reform und Umwälzung, sondern lediglich eine Vollendung dessen, was sich allmählich vorbereitet hatte. Die obrigkeitliche Formel ward nicht erst eingeführt; sie siegte vielmehr lediglich über die Parteiformel, welche bis dahin neben ihr, ja über ihr gestanden hatte, und sie siegte kraft der inneren Logik der fortschreitenden Rechtsentwickelung.

Diese Art der Ausbildung des Formularprocesses, welche im vorigen wahrscheinlich zu machen versucht worden ist, wird durch zwei Thatsachen erwiesen und zugleich veranschaulicht.

Einmal durch die Thatsache, dafs, wenn der Procefs in judicio durch die Geschworenen des sog. Centumviralgerichtshofs zu entscheiden war, keine obrigkeitliche Formel gegeben wurde, sondern unausgesetzt die ganze classische Kaiserzeit hindurch (mindestens bis auf Diokletian) nach wie vor in den Formen des alten Legisactionenprocesses (Sacramentsprocesses) verfahren werden mufste. Erbschaftsprocesse (dies ist jedenfalls später die vornehmste Competenz des Centumviralgerichts) blieben also bei der alt überlieferten Form der legis actio sacramento. Weshalb? Lediglich deshalb, weil das Centumviralgericht ein ständiges Collegium von Geschworenen war, welches für den Einzelfall nicht erst durch schriftlichen Erlafs des Prätors gebildet zu werden brauchte. Hier bedurfte es keiner formula, keiner formellen Einsetzung des judicium, weil das zuständige judicium (die Hundertmänner) schon da war. Und weil es keiner schriftlichen Ernennung eines judex bedurfte, deshalb ist hier die formula nicht neben der litis contestatio aufgekommen, und deshalb ist es hier bei der alten litis contestatio verblieben, und deshalb in Sachen des Centumviralgerichts kein Formularprocefs an Stelle der legis actio (sacramento) getreten. Es fehlte hier der altsolennen litis contestatio

---

geschlossen gewesen sei) und im Recuperatorenprocefs (welcher gleichfalls als Fremdenprocefs gedacht wird, vgl. oben S. 135 Anm. 3) zu suchen: so z. B. Puchta, Institutionen Bd. 1 § 83; v. Bethmann-Hollweg, Civilprocefs Bd. 1 S. 53. 154 Anm. 26, Bd. 2 S. 6 (welcher letztere sich jedoch sehr vorsichtig ausdrückt) u. a. Doch darf daran erinnert werden, dafs nach Gaj. IV § 31 auch vor dem praetor peregrinus lege agiert werden kann, und dafs nach der lex Aelia Sentia die in jure cessio (d. h. legis actio, vgl. S. 152) auch im Recuperatorenverfahren möglich ist (oben S. 135 Anm. 3). Vgl. auch unten § 37 Anm. 1.

an dem Nebenbuhler, welcher ihr in den Fällen der judicia privata (wo ein Privatmann für diesen Fall erst zum judex zu berufen war) an dem Ernennungsdecret des Prätors erwachsen war[6]).

Die zweite Thatsache bezieht sich auf die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit, d. h. auf diejenige Art gerichtlichen Verfahrens, welche nicht dem Kampf ums Recht, sondern der Begründung von Rechten dient. Hierher gehört die in jure cessio, d. h. die Rechtsübertragung durch das Mittel der confessio in jure (oben S. 31). Weil hier auf die Rechtsbehauptung des Scheinklägers (Erwerbers) sofort in jure vor dem Magistrat das Rechtszugeständnis des Scheinbeklagten (Veräußserers) folgt, so kommt es natürlich zu keiner Einsetzung eines judicium, weil ja überhaupt kein Rechtsstreit da ist. Deshalb aber kommt es ebenso natürlich auch zu keiner formula, da ja kein judex zu ernennen ist. Die Folge ist, dafs die in jure cessio, so lange sie existierte, also durch die ganze classische Zeit hindurch und darüber hinaus, die Formen des Legisactionenprocesses (und zwar wiederum der legis actio sacramento) beibehielt.

Beide Thatsachen bedeuten eine einzige: wo kein judicium für den Einzelfall durch Ernennungsdecret bestellt wird, da keine formula und kein Formularprocefs, sondern nach wie vor der alte Legisactionenprocefs[7]).

---

[6]) Das Decemviralgericht ward durch Augustus aufgelöst; sonst würde sicher, wie schon Mommsen, Staatsrecht Bd. 2 S. 592 Anm. 1 treffend bemerkt hat, auch in den vor das Decemviralgericht gehörigen Sachen (Freiheitsprocessen) der alte Sacramentsprocefs sich behauptet haben. Selbstverständlich ward für das Decemviralgericht so wenig eine formula (Ernennungsdecret) gegeben wie für das Centumviralgericht.

[7]) Auch im Fall des damnum infectum (oben S. 145) war nach Gajus IV § 31 noch später das lege agere möglich. Hier handelt es sich zunächst überhaupt um keinen Procefs, sondern um Sicherstellung des Bedrohten, was nach altem Recht, wie es scheint, durch pignoris capio geschah. An die Stelle dieses Verfahrens trat nach prätorischem Recht kein Formularprocefs, sondern ein Verfahren extra ordinem, welches mit den Mitteln der prätorischen Amtsgewalt dem Bedrohten Sicherstellung durch stipulatio (Schadensersatzversprechen) verschaffte. Also auch hier blieb die legis actio bei Bestand, weil kein judex bestellt und deshalb keine formula gegeben wurde. In anderen Fällen der alten pignoris capio gab der Prätor eine formula (und beseitigte damit die legis actio) unter der Fiction geschehener pignoris capio (Gaj. IV § 32), d. h. indem er den judex anwies, so zu urteilen, als ob die pignoris

Die lex Aebutia und die leges Juliae haben nicht den Legisactionenprocefs schlechthin abgeschafft und den Formularprocefs an seine Stelle eingeführt. Sie haben vielmehr nur in den (allerdings weitaus die Mehrzahl bildenden) Fällen, wo thatsächlich bereits der Formularprocefs existierte — d. h. wo thatsächlich bereits neben der alten litis contestatio die obrigkeitliche Formel die Grundlage für die sententia des judex bildete —, diesen Formularprocefs bestätigt und die danebenstehenden fossilen Reste des Legisactionenprocesses bei Seite geschoben. Wo aber kein Formularprocefs war, in den Fällen der Centumviralgerichtscompetenz und der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sowie des damnum infectum (vgl. Anm. 7), haben sie keinen Formularprocefs eingeführt.

So blieb also in den Sachen des Centumviralgerichts der alte Sacramentsprocefs, in den Sachen der judicia privata aber herrschte nunmehr Formularprocefs. Damit war lediglich gesagt, dafs der judex hier für seine sententia die mafsgebende Fragestellung in dem obrigkeitlichen Ernennungsdecret, in der Mitteilung zu suchen hatte, welche der Prätor ihm über den zu entscheidenden Rechtsfall zukommen liefs. Sonst blieb alles beim alten. Es blieb die alte Scheidung von jus und judicium, es blieb, dafs die Obrigkeit sich auf die blofse Einleitung, Zulassung und Formulierung des Rechtsstreits beschränkte, das entscheidende Endurteil aber dem Geschworenen zufiel. Es blieb alles, wie es war: nur die formale Grundlage des judicium war eine andere geworden. Als man jene Änderung durch die lex Aebutia und die leges Juliae traf, mochte man glauben, sich nur von einigen unnütz gewordenen Formalitäten der Vorzeit zu befreien. So unbedeutend mochte die Neuerung erscheinen, und schwerlich kam man zu dem Bewufstsein, etwas sonderlich Grofses gethan zu haben, zumal ja von einer grundsätzlichen Reform des Civilverfahrens, wie wir in der Behandlung der Centumviralgerichtssachen sehen, vollständig abgesehen wurde.

---

capio vollzogen worden wäre. Beim damnum infectum aber, wo der Schaden noch erst erwartet wurde und es sich nicht um einen präsenten Anspruch, sondern nur um Sicherstellung handelte (wo die pignoris capio gewissermafsen eine Execution im voraus war), schlofs sich ein solches Verfahren (sofortige Einsetzung eines judicium) von selber aus, und deshalb: weil kein Ernennungsdecret (formula), die Forterhaltung des Legisactionenverfahrens.

Dennoch war es eine Neuerung von unermeſslichen Folgen, welche mit einem Schlage vollzogen worden war.

Gaj. Inst. IV § 30. 31: Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus. Tantum ex duabus causis permissum est lege agere, damni infecti et si centumvirale judicium futurum est. Sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum praetorem; damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium suum, idque et commodius jus et plenius est.

§ 37.

Die formula.

Die Erteilung der formula, des Ernennungsdecrets für den judex (oder die mehreren Geschworenen, recuperatores), welche früher neben der litis contestatio gestanden hatte, versah jetzt zugleich die Function der litis contestatio: sie formulierte den Rechtsstreit zum Zweck seiner Entscheidung in judicio. Die Schriftformel der Obrigkeit trat an die Stelle der Spruchformel der Partei.

Formell war diese neue Art der litis contestatio von geringerer Rechtskraft als die alte solenne Parteihandlung des Legisactionenprocesses. Sie war überhaupt keine actio im Rechtssinn des Civilrechts, d. h. sie war keine Handlung, durch welche das auf das Gesetz gegründete Klagerecht der Partei zugleich ausgeübt und erschöpft wurde (vgl. oben S. 148), und zwar aus zwei Gründen: 1) weil sie keine Parteihandlung war, 2) weil sie eine schriftliche, d. h. für das alte Recht formlose, unfeierliche Handlung darstellte. Diese formula konnte ihrem Wesen nach und von Rechts wegen (ipso jure civili) zurückgenommen, wiederholt, verbessert werden, wenn ein Decret des Prätors es so verfügte. Sie war trotz der lex Aebutia und trotz der leges Juliae dennoch im Rechtssinne keine litis contestatio, und schloſs deshalb von

Rechts wegen (ipso jure) nicht aus, dafs noch einmal derselbe Anspruch klageweise vor den Prätor gebracht und zum judicium befördert wurde. Es bedurfte einer ausdrücklichen exceptio rei judicatae vel in judicium deductae, d. h. einer ausdrücklichen Verfügung des Prätors für jeden Einzelfall, um zu verhindern, dafs die Sache, welche im Wege des Formularprocesses schon einmal zur Einsetzung eines judicium und vielleicht bereits zum Endurteil gebracht war, nochmals den ganzen Weg des Processes aufs neue durchmache[1]). Es erhellt daraus, dafs nicht das Pro-

[1]) Gaj. Inst. IV § 106. 107: Et si quidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam, sive ea formula, quae in factum concepta est, sive ea, quae in jus habet intentionem, postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei judicatae vel in judicium deductae. Si vero legitimo judicio in personam actum sit ea formula, quae juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatae vel in judicium deductae. Vgl. Gaj. III § 180. 181; Lenel, Edictum S. 403. 404. — Aus der Vergleichung von Gaj. IV § 108 (oben S. 148 Anm. 2) ergiebt sich, dafs die blofs exceptionsweise (d. h. nur nach prätorischem Recht) eintretende Wirkung der litis contestatio mit dem Gegensatz des Formularprocesses gegen den Legisactionenprocefs zusammenhängt. Wenn die in legitimo judicio (Procefs zwischen zwei römischen Bürgern innerhalb des ersten römischen Meilensteins) erteilte Formel für eine persönliche Klage mit intentio juris civilis ausnahmsweise ipso jure (schon nach Civilrecht) consumierende Wirkung übte, so mochte das damit zusammenhängen, dafs in diesen Fällen (welche nach altem Recht in Form der legis actio per judicis postulationem oder per condictionem verhandelt werden konnten) die Erbittung der formula (und damit des judex) den Thatbestand der judicis postulatio bezw. condictio im alten Legisactionenprocefs, d. h. einen civilrechtlich wirksamen Thatbestand (den Thatbestand einer legis actio) erfüllte. In den Fällen dieser Legisactionen wird überhaupt zuerst der Übergang vom Legisactionenprocefs zum Formularprocefs thatsächlich sich vollzogen haben. Die Bitte um den judex ward zugleich zur Erbittung der formula, des Ernennungsdecrets mit Instruction, und daher die Erbittung der formula eine kraft gewohnheitsrechtlicher Entwickelung civilrechtlich giltige Form der judicis postulatio bezw. condictio, ein Äquivalent der alten legis actio. — Weil aber die consumierende Wirkung des mit formula geführten Processes in den meisten Fällen nur ope exceptionis eintrat, war jetzt für die Regel eine Wiederholung der Klage (ex integro agere) unter Entkräftung der exceptio rei judicatae durch replicatio doli (l. 25 D. de dolo 4, 3) möglich, vgl. Schwalbach in der Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 7 S. 122. 123.

ceſsverfahren als solches, nicht die Einsetzung eines judicium, noch die sententia des judex nach altem Recht dem Proceſs die consumierende Wirkung gegeben hatte, sondern nur der solenne Rechtsact, durch welchen die Partei die Einsetzung eines judicium herbeiführte, die legis actio im eigentlichen Sinne des Worts, die altsolenne litis contestatio. Und dieser Rechtsact war im Formularproceſs hinweggefallen. Es war für das Civilrecht der neue Proceſs ein Verfahren ohne litis contestatio. Die Erteilung der formula war der alten litis contestatio von Rechts wegen unebenbürtig.

Aber in dieser so unscheinbaren formula, diesem so kargen und knappen Schreiben des Prätors an den judex lag die ganze Zukunft nicht bloſs des römischen Civilproceſsrechts, sondern ebenso des römischen Privatrechts und damit überhaupt des römischen Rechts beschlossen.

Der alte Legisactionenproceſs, mit seiner solennen, an das überlieferte Wort gebundenen litis contestatio, hatte nur über eine eng begrenzte Anzahl von Formulierungen des Rechtsstreits zu verfügen. Traf keine der überlieferten Schablonen zu, so muſste man zu dem Umweg des sog. Sponsionsverfahrens (agere per sponsionem) greifen: der eine versprach dem andern durch formales Versprechen (sponsio) eine Geldsumme für den Fall, daſs die in Frage stehende thatsächliche oder rechtliche Behauptung des Gegners wahr sei. Dann konnte aus dieser sponsio mit legis actio sacramento in personam (oben S. 146) geklagt, und durch das judicium über die sponsio ein judicium und eine sententia über die zu Grunde liegende That- oder Rechtsfrage erwirkt werden. Die Sponsionssumme ward dann nicht ausgezahlt, weil solche sponsio (sog. sponsio praejudicialis) nicht als Mittel, zu einer Geldsumme, sondern lediglich als Mittel, zum Proceſs zu gelangen, als Proceſsorgan dienen sollte[2].

---

[2]) Anders bei der sponsio poenalis, d. h. bei der sponsio über den Ausgang eines Processes, wo die Auszahlung der Geldsumme Absicht war. Der sponsio poenalis des Beklagten muſste der Kläger eine repromissio entgegensetzen, d. h. eine gleich hohe Summe für den Fall des Proceſsverlustes versprechen. Die sponsio praejudicialis dagegen forderte keine repromissio des Klägers. Vgl. Gaj. Inst. IV § 13. 94. 171. — Bekker, Actionen Bd. 1 S. 246 ff.

Die formula des Prätors dagegen hatte keine Tradition, durch welche sie eingeschnürt gewesen wäre. Die formula bedeutete die Formulierung des Rechtsstreits in formfreier, ungebundener, wie die alte litis contestatio die Formulierung des Rechtsstreits in gebundener Rede. Daher konnte die formula unmittelbar jede Frage und jede Combination von Fragen, welche der Prätor für procefsfähig erachtete, dem judex zur Entscheidung in judicio unterbreiten. Der Prätor war es, welcher mit der Formulierung des Rechtsstreits zugleich dem judex directe Weisung über die Entscheidung des Rechtsstreits zu geben imstande war. Denn davon, wie der Prätor jetzt die Procefsfrage formulierte, hing es ab, ob der judex condemnierte oder absolvierte.

Die formula mufste das Mittel werden und ward das Mittel, nicht blofs die Formulierung, sondern auch die Entscheidung des Rechtsstreits von dem altüberlieferten Gesetzesrecht, von der Alleinherrschaft des Civilrechts zu befreien. Mit der formula nahmen der Prätor und sein jus honorarium Besitz von dem römischen Rechtsleben.

Bisher, im Legisactionenprocefs, war der judex von den Weisungen, welche der Prätor ihm etwa im Ernennungsdecret (formula) erteilte, von Rechts wegen unabhängig: er hatte sich amtlich nur an die Weisung zu halten, welche in der solennen litis contestatio der Parteien für sein judicium gegeben war, und hatte nach Mafsgabe des Civilrechts diese so contestierte lis zu entscheiden. In jure schaltete die magistratische Gewalt; in judicio aber durch das Mittel des judex allein das durch Gesetz und Herkommen überlieferte Civilrecht. Jetzt ward das Verhältnis von Prätor und judex, und zugleich damit das Verhältnis von prätorischem Recht und Civilrecht ein anderes. Die Weisungen des Ernennungsdecrets (formula) waren für den judex amtlich verbindlich geworden. Dieser hatte nur die Frage zu entscheiden, welche in der prätorischen formula gestellt war, und er hatte sie mit den Einschränkungen und nach der Mafsgabe zu entscheiden, wie sie in der formula zum Ausdruck gelangte. Der Geschworene (judex) ward von dem Prätor abhängig. Er mufste nach Mafsgabe der prätorischen Weisung (formula) den Beklagten freisprechen, auch wenn er nach Civilrecht ihn hätte verurteilen müssen. Er mufste in andern Fällen

umgekehrt, wiederum kraft der Anweisung des Prätors, den Beklagten verurteilen, wo er ihn nach Civilrecht hätte freisprechen müssen (vgl. § 38. 40). Aus einem Organ des Civilrechts war der Geschworene mit einem Schlage in ein Organ zunächst des prätorischen Rechts verwandelt.

Der Prätor war durch das Mittel der formula der Herr des ganzen Verfahrens, auch des Verfahrens in judicio geworden, und Procefs und Rechtsleben traten unter die Herrschaft des Edicts. Das Civilrecht galt im Procefs nur noch, soweit das prätorische Edict ihm Raum zu lassen gesonnen war.

Hier sehen wir die ganze künftige Entwickelung des römischen Rechts vor uns. Es ist klar, dafs durch den Formularprocefs die Scheidung von jus und judicium ihre alte Schärfe unwiederbringlich verlor. Der judex ist nicht mehr der unabhängige Privatmann, welcher lediglich an das geltende Recht gebunden ist. Er ist zu einem Organ der magistratischen Gewalt, er ist schon jetzt zu einer Art von Unterbeamten geworden. So ist durch die Ausbildung des Formularprocesses die spätere Aufhebung des Gegensatzes von jus und judicium (unten § 44) entscheidend vorbereitet worden. Zugleich aber, indem der Magistrat zur Herrschaft über den judex gelangte, ergriff er auch die volle Herrschaft über die Rechtsentwickelung. Mit dem Formularprocefs beginnt jene folgenreiche mächtige Entfaltung des jus honorarium, welche das jus civile umgestaltete und das classische römische Recht hervorbrachte. Auf die Reformation des Processes folgte die Reformation des Rechts.

§ 38.

Intentio und actio.

Jede formula beginnt mit der Ernennung des Geschworenen (Titius judex esto) oder des Geschworenencollegiums (Titius, Maevius et Lucius recuperatores sunto). Diese Ernennung war einst das allein an der formula Erhebliche. Sie ist jetzt die Einleitung zu dem eigentlichen Inhalt der formula geworden.

Die formula ist für die Regel als Condemnationsbefehl stilisiert und hat demgemäfs regelmäfsig zwei Hauptbestandteile, die intentio und die condemnatio, nach dem Schema: wenn

dieses Recht (diese Thatsache) existiert (intentio), so ist Beklagter zu verurteilen (condemnatio). Die intentio ist die Bedingung der condemnatio. Sie formuliert die Procefsfrage. Nach der Natur der Procefsfrage, und daher nach dem Inhalt der intentio, bestimmt sich die Natur der actio. So viel Arten der intentio, so viel Arten der actio.

Entweder ist die Procefsfrage eine Rechtsfrage, z. B. die Frage, ob der Kläger Eigentümer nach Civilrecht, oder ob der Kläger Gläubiger nach Civilrecht sei. Die intentio geht dann auf ein ejus esse ex jure Quiritium, oder auf ein dare oportere: die actio ist eine actio in jus concepta.

Oder: die Procefsfrage ist eine blofse Thatfrage. Es liegt kein Eigentum, noch ein Forderungsrecht nach jus civile, sondern nur ein Thatbestand vor, an welchen der Prätor eine Klage geknüpft hat: z. B. die Thatsache, dafs der eine dem andern seine Sache als Hypothek verpfändet hat (nur der Prätor, nicht das Civilrecht giebt dem Erwerber des Hypothekenrechts die dingliche Pfandklage), oder dafs der Freigelassene seinen Patron ohne Erlaubnis des Prätors vor Gericht geladen hat (nur der Prätor giebt in solchem Fall dem Patron eine Strafklage gegen den libertus). Hier nennt die intentio keine Rechtsbefugnisse, sondern lediglich ein thatsächliches Verhältnis, von dessen Dasein oder Nichtdasein die Entscheidung des Processes abhängt. Eine actio mit solcher intentio ist eine actio in factum concepta.

Die actio in factum concepta dient dem Prätor, um neue Rechte thatsächlich zu schaffen, welche dem Civilrecht unbekannt sind (z. B. das Hypothekenrecht, das Strafforderungsrecht des Patrons gegen den unehrerbietigen libertus).

Der Prätor hat aber noch andere Mittel, mit denen er zu dem gleichen Ziel gelangt. Er kann die intentio juris civilis (die intentio in jus concepta) beibehalten, aber unter Modificationen, welche dem Civilrecht fremd sind. Er weist den judex an, den Anspruch, welchen das Civilrecht giebt (das ejus esse ex jure Quiritium, das dare oportere), als vorhanden anzusehen, aber unter Voraussetzungen, welche der Prätor selbständig formuliert. So kennt z. B. das römische Civilrecht keine Cession, d. h. keine Übertragung der Forderung. Auch wenn der Gläubiger einem

andern seine Forderung verkauft und abgetreten hat, ist doch nach Civilrecht nicht dieser andere (der Cessionar), sondern immer nur der Gläubiger (der Cedent) klageberechtigt. Der Prätor aber giebt dem Cessionar die Klage des Gläubigers (auf dare oportere, also mit intentio in jus concepta), aber mit einer Modification der intentio, welche den judex anweist, den Cessionar als Gläubiger anzusehen und demgemäfs zu entscheiden. So entsteht der Begriff der actio utilis. Actio utilis ist die Klage mit modificierter intentio. Sie hat zu ihrem Gegenstück die actio directa, die Klage mit originaler intentio, deren intentio der actio utilis zum Vorbild dient. So hat also in dem gewählten Beispiel der Gläubiger (der Cedent) die actio directa, der Cessionar aber actio utilis.

Eine besonders wichtige Form der actio utilis ist die actio ficticia, d. h. die Klage, wo die Modification der intentio in Einschiebung einer Fiction besteht. Der judex soll fingieren, dafs eine Voraussetzung des Civilrechts (von welcher die Wahrheit der intentio abhängig ist) vorhanden sei, d. h. er soll davon absehen, dafs diese Voraussetzung nicht vorhanden ist. Ein Beispiel ist die actio Publiciana in rem. Sie ist eine utilis rei vindicatio. Das heifst, sie ist eine rei vindicatio (Eigentumsklage mit der intentio: ejus esse oportere ex jure Quiritium) mit Modification der intentio. Wer eine Sache vom Nichteigentümer gekauft und tradiert erhalten hat, ist noch nicht Eigentümer, aber er kann Eigentümer werden durch Ersitzung (unten § 51), wenn er eine bestimmte Zeit lang die in gutem Glauben erworbene Sache besessen hat. Ist die Ersitzungsfrist abgelaufen, so hat er die richtige rei vindicatio (directa rei vindicatio), er ist ja Eigentümer. So lange die Ersitzungsfrist aber noch nicht abgelaufen ist, kann er keine rei vindicatio (nach Civilrecht) haben: er ist ja noch nicht Eigentümer. Aber der Prätor will ihm trotzdem — und aus guten Gründen — schon vor Ablauf der Ersitzungsfrist die rei vindicatio geben (ausgenommen nur gegen den wahren Eigentümer). Wie mufs er das anfangen? Er modificiert die intentio der rei vindicatio durch Einschiebung einer Fiction: der judex soll fingieren, dafs die Ersitzungsfrist bereits abgelaufen sei, d. h. er soll davon absehen, dafs sie noch nicht abgelaufen ist. Er giebt also dem in Ersitzung Begriffenen eine ficticia rei vin-

dicatio, die sog. actio Publiciana in rem (§ 53), deren intentio lautet:

Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, quo de agitur, ex jure Quiritium ejus esse oporteret . . .

Also eine actio in jus concepta: die Proceſsfrage (intentio) ist eine Rechtsfrage des Civilrechts (ejus esse oportere ex jure Quiritium). Aber modificiert, so modificiert, daſs trotz des Civilrechts der Ersitzungsbesitzer durch diese Klage gerade so geschützt wird, als ob die Ersitzungsfrist bereits abgelaufen wäre. Auch der Ersitzungsbesitzer hat die rei vindicatio, aber eine utilis rei vindicatio (die actio Publiciana). Wahrscheinlich war die actio ficticia die älteste Form der actio utilis. Der Prätor schloſs sich hier noch möglichst nahe an das Civilrecht an, wenngleich er dasselbe fortbildete.

Der Gegensatz von actio directa und actio utilis ist aber nicht bloſs auf dem Gebiet der actio in jus concepta, sondern ebenso auch auf dem Gebiet der actio in factum concepta möglich, obgleich in letzterem Fall der Prätor von vornherein innerhalb seines eigenen Machtbereichs sich befindet. War für einen bestimmten Thatbestand vom Prätor eine Klage gegeben worden, und stellte sich dann das Bedürfnis heraus, auch einen nächstverwandten Thatbestand mit gleicher Klage zu bedenken, so ward die für den ursprünglich bedachten Thatbestand bestimmte Klage mit einer Modification der (hier den Thatbestand nennenden) intentio auch für diesen weiteren Thatbestand gegeben. Jene war dann die directa, diese die utilis actio. Ein Beispiel giebt die Pfandklage. Eine dingliche Pfandklage (zu Gunsten des Pfandgläubigers gegen den Besitzer der Pfandsache) ward zunächst nur für den Fall gegeben, daſs der Pächter eines Landgrundstückes (praedium rusticum) seine invecta und illata (sein Inventar) dem Verpächter verpfändet hatte: der Verpfänder hatte zum Schutz seines Pfandrechts die actio Serviana. Dann stellte sich als billig heraus, daſs nicht bloſs der Verpächter, sondern überhaupt jeder Pfandgläubiger durch Pfandklage geschützt werden müsse. Diese anderen Pfandgläubiger bekamen eine utilis actio Serviana (auch quasi Serviana actio genannt), d. h. sie bekamen die gleiche

Pfandklage, wie der Verpächter, aber natürlich mit modificierter intentio.

So ist die actio directa das Original, dem eine andere Klage nachgebildet ist; die actio utilis aber die Copie.

Die actio utilis ist (ebenso wie die actio in factum) immer eine prätorische Klage (actio honoraria), d. h. sie hat ihre Quelle in dem jus honorarium; die actio directa aber ist bald eine actio civilis, d. h. sie hat ihre Quelle im Civilrecht, bald eine actio honoraria (so wenn einer actio in factum eine actio utilis nachgebildet wird).

Die actio utilis ist immer ein Symptom der Fortbildung des Rechts (ebenso wie die actio in factum concepta), aber bald des Civilrechts, bald des prätorischen Rechts.

Beide Arten von Klagen: die actio utilis und die actio in factum concepta, bedeuten die Macht des Prätors über das Rechtsleben, zunächst über den judex. Die Subordination des judex unter den Prätor verpflichtet ihn, auf eine actio in factum und eine actio utilis hin zu condemnieren, obgleich die Voraussetzungen des Civilrechts nicht erfüllt sind.

Die Gegensätze, welche uns bisher beschäftigt haben: actio civilis und honoraria, actio in jus und in factum concepta, actio directa und utilis, sind rein formaler Art. Sie ergeben sich aus dem äufseren Verhältnis der intentio zum Civilrecht einerseits, zum prätorischen Edict andrerseits, d. h. aus dem Verhältnis der intentio zum objectiven Recht.

Ein weit gröfseres Interesse aber bietet die intentio, sofern wir ihren materiellen Inhalt, also das subjective Recht, betrachten, welches durch das Mittel der intentio seine Verwirklichung verlangt. Von diesem Gesichtspunkt aus gesehen, ergiebt sich aus den Arten der intentio das Actionensystem, welches das Privatrechtssystem widerspiegelt.

Gaj. Inst. IV § 41: Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, velut haec pars formulae: si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere; item haec: quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere; item haec: si paret hominem ex jure Quiritium A. Agerii esse.

§ 45 eod.: Sed eas quidem formulas, in quibus de jure quaeritur, in jus conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus

NOSTRUM ESSE ALIQUID EX JURE QUIRITIUM, aut NOBIS DARI OPORTERE, aut PRO FURE DAMNUM DECIDI OPORTERE: in quibus juris civilis intentio est. § 46: Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae, nominato eo, quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quae judici damnandi absolvendive potestas datur; qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in jus vocavit, nam in ea ita est: RECUPERATORES SUNTO. SI PARET, ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTUM ILLIUS PRAETORIS IN JUS VOCATUM ESSE, RECUPERATORES ILLUM LIBERTUM ILLI PATRONO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNATE: SI NON PARET, ABSOLVITE. . . . . et denique innumerabiles ejusmodi aliae formulae in albo proponuntur. § 47: Sed ex quibusdam causis praetor et in jus et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati: illa enim formula, quae ita concepta est: JUDEX ESTO. QUOD A. AGERIUS APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EJUS JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT; SI NON PARET, ABSOLVITO, in jus concepta est; at illa formula, quae ita concepta est: JUDEX ESTO. SI PARET, A. AGERIUM APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE, EAMQUE DOLO MALO N. NEGIDII A. AGERIO REDDITAM NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO; SI NON PARET, ABSOLVITO, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt.

§ 39.

Das Actionensystem.

I. Die intentio ist entweder persönlich (in personam) oder unpersönlich (in rem) concipiert, d. h. die intentio nennt entweder die Person des Verklagten (und ev. zu Condemnierenden) oder sie nennt diese Person nicht, sondern nur die Person des Klägers (des Berechtigten). Auf diesem Gegensatz ruht die oberste Einteilung aller Klagen: die Einteilung in actiones in personam (mit intentio in personam) und actiones in rem (mit intentio in rem).

Der Gegensatz ist kein äußerlicher, sondern durch die innerste Natur der Privatrechte begründet. Eine gewisse Classe

von Privatrechten, die Forderungsrechte, erschöpft sich in der Verpflichtung einer einzigen Person (des Schuldners), und man kann das concrete Forderungsrecht nicht bezeichnen, ohne zugleich diese eine Person (den Schuldner) zu bezeichnen. Das Recht des Klägers schon sieht und bestimmt seinen Gegner (den Schuldner), und damit den Beklagten. Die intentio (mag sie in jus oder in factum concipiert sein) mufs diese Person des Schuldners nennen, weil die Person des Schuldners das Recht individualisiert: ein anderer Schuldner, ein anderes Recht (die intentio lautet z. B.: N.^{um} N.^{um} A.^{o} A.^{o} dare oportere). Dagegen sind alle übrigen Rechte (insbesondere, aber nicht allein, die Sachenrechte, z. B. das Eigentum) der Art, dafs sie nicht in der Verpflichtung eines bestimmten einzelnen bestehen, sondern in einer Befugnis, welche jedermann gegenüber nicht blofs besteht, sondern auch geltend gemacht werden kann. Das Recht hat als solches keinen persönlichen Gegner. Erst die Verletzung des klägerischen Rechts bestimmt den Gegner und damit den Beklagten. Und jede Verletzung wird aus dem Recht heraus immer wieder die gleiche Klage erzeugen: auch bei verschiedenen Gegnern immer das gleiche Recht. Die intentio ist hier unpersönlich (z. B. A.^{i} A.^{i} esse ex jure Quiritium), d. h. sie nennt den Beklagten nicht, der Beklagte erscheint erst in der condemnatio.

Die Natur der intentio bestimmt die Natur der actio.

Die Klage aus dem Forderungsrecht ist eine actio in personam, die Klage aus einem anderen Recht (z. B. Eigentum, Pfandrecht, Familiengewalt, Erbrecht) ist eine actio in rem. Privatrechtlich ausgedrückt: die Forderungsrechte sind Rechte mit persönlich gerichtetem, die übrigen Rechte aber Rechte mit absolutem Inhalt.

II. Die dinglichen Klagen (actiones in rem) entspringen teils aus dinglichen Rechten (unten § 47 ff.), z. B. dem Eigentum (rei vindicatio, actio negatoria), teils aus Familienrechten (z. B. der Gewalt des Vaters über die Kinder: vindicatio filii in potestatem), teils aus dem Erbrecht (hereditatis petitio, interdictum quorum bonorum), teils aus den Statusrechten, d. h. dem Recht auf Anerkennung des Personenstandes (z. B. der Ingenuität, der Kindschaft, der Freiheit von der väterlichen Gewalt). Die Statusklagen zählen zu den Präjudicialklagen (praejudiciales ac-

tiones), d. h. zu den Feststellungsklagen des römischen Rechts: es wird nur Feststellung eines Rechtsverhältnisses (z. B. der Freiheit), nicht Verurteilung des Beklagten begehrt[1]).

Die sog. actio in rem scripta ist keine actio in rem, sondern eine persönliche Klage (also mit gegebenem Gegner) aus einem Forderungsrecht, nur mit der Eigentümlichkeit, dafs der Schuldner nicht definitiv bestimmt ist, sondern durch einen Zustand bezeichnet wird, dessen Träger wechseln kann. Sie ist also eine actio in personam, deren Gegner (der Schuldner) immer nur auf Zeit gegeben ist. Ein Beispiel ist die actio quod metus causa (S. 122), mit welcher ich das mir durch erzwungenes Rechtsgeschäft Abgeprefste von demjenigen zurückfordere, welcher gegenwärtig den Vorteil von jenem Rechtsgeschäfte (z. B. das Eigentum an der von mir metus causa veräufserten Sache) hat: die Klage besitzt dingliche Wirkung (ist in rem scripta), insoferne sie nicht blofs gegen den Urheber des metus, sondern ebenso gegen den Dritten geht, welcher von demselben das Eigentum an der Sache erwarb; aber die Klage ist keine dingliche Klage, weil ich gegen den Dritten nicht mehr auf Grund meines Eigentums (der Beklagte ist ja vielmehr der Eigentümer), sondern nur auf Grund eines aus dem metus hervorgehenden Forderungsrechts (gerichtet auf Rückübertragung meines Eigentums) klagen kann. Ein anderes Beispiel ist die Teilungsklage, mit welcher ich die Teilung der gemeinschaftlichen Sache von dem gegenwärtigen Miteigentümer verlange.

III. Die Forderungsrechte entspringen entweder aus Contracten (oder contractsähnlichen Thatbeständen) oder aus Delicten (oder delictsähnlichen Thatbeständen). Daher sind die actiones in personam entweder Contractsklagen (bezw. Quasicontractsklagen) oder Delictsklagen (bezw. Quasidelictsklagen). Vgl. § 64.

IV. Die Contracte sind entweder negotia stricti juris (mit präcis bestimmter Verbindlichkeit) oder negotia bonae fidei (mit unpräciser Verbindlichkeit), vgl. § 63. Daher sind die Contractsklagen entweder actiones stricti juris oder actiones bonae fidei. Die actio stricti juris führt den Namen condictio.

---

[1]) Näheres über die praejudicia bei Bekker, Actionen Bd. 1 S. 283 ff.

Die intentio der actio bonae fidei ist immer eine incerta (quidquid N.^{um} N.^{um} A.^{o} A.^{o} dare facere oportet ex bona fide), die intentio der actio stricti juris nur dann, wenn das negotium stricti juris geradezu auf ein incertum gestellt ist. In den Fällen der incerta intentio (also in allen Fällen der actio bonae fidei) beginnt die intentio mit einer sog. demonstratio, d. h. mit der Benennung des Contracts, auf Grund dessen das incertum (das quidquid) sich bestimmt. Also z. B. quod A.^{us} A.^{us} apud N.^{um} N.^{um} hominem deposuit, quidquid etc.

V. Die Delicte verpflichten entweder zum Schadensersatz oder zur Strafzahlung oder zu beidem, und im letzteren Falle kann dieselbe eine Klage sowohl zur Geltendmachung des Ersatz- wie des Strafanspruchs dienen, oder es sind auf Grund des Delicts (z. B. des Diebstahls) zwei selbständige Klagen gegeben, von denen die eine (so die condictio furtiva) nur dem Ersatzanspruch, die andere (so die actio furti) nur dem Strafanspruch dient. Die Delictsklagen sind daher entweder rei persequendae causa comparatae (gehen nur auf Ersatz) oder poenae persequendae causa comparatae (gehen nur auf Strafe) oder mixtae (dieselbe Klage geht auf Schadensersatz und Strafe).

Der Strafanspruch aus dem Delicte steht entweder nur dem Verletzten, oder aber jedermann (cuivis ex populo) zu. Die Strafklagen (actiones poenae persequendae causa comparatae) sind daher entweder privatae (nur dem Verletzten zuständig) oder populares.

§ 1 I. de actionibus (4, 6): Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quaque re quaeritur, summa divisio in dua genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio: quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut dare facere oportere, et aliis quibusdam modis; aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt, veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

§ 13 eod.: Praejudiciales actiones in rem esse videntur: quales

sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo.

§ 17 eod.: Rei persequendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quae in personam sunt, hae quidem, quae ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur: veluti quibus mutuam pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor: item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locato, conducto. Plane si depositi agetur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem praetor reddit, si modo cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum herede ejus ex dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio. § 18: Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae quam rei persequendae et ob id mixtae sunt.

§ 20 eod.: Quaedam actiones mixtam causam optinere videntur, tam in rem quam in personam: qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, quae inter eos agitur, qui confines agros habent.

§ 28 eod.: Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti juris. Bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati . . . § 30: In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, condemnari debeat.

§ 40.

Condemnatio und exceptio.

I. Die condemnatio ist der in der formula erteilte Condemnationsbefehl des Prätors. Die Bedingung der condemnatio ist die intentio. Ist die intentio wahr, so soll condemniert werden. Nur die formula der Präjudicialklage (S. 164 a. E.) besteht allein in der intentio: sie soll den judex lediglich veranlassen, die ihm

vorgelegte Frage (die Statusfrage) klarzustellen (pronuntiatio); einer condemnatio bedarf es nicht.

Der Condemnationsbefehl des Prätors geht durchweg darauf, dafs der judex zu einer Geldsumme verurteile (pecuniaria condemnatio); auch dann, wenn der Kläger mit einer Klage durchgedrungen ist, kraft deren er die Herausgabe (restituere) oder Vorlegung (exhibere) einer bestimmten beim Verklagten befindlichen Sache zu fordern berechtigt ist.

Nur die liquide Geldschuld ist nach älterem und noch nach classischem römischen Recht der processualischen Execution fähig. Darum mufs der judex, indem er durch sein Urteil das Recht des Klägers liquide stellt, es zugleich in ein Recht auf eine Geldsumme verwandeln.

Die pecuniaria condemnatio führt häufig Unbilligkeiten mit sich. So vor allem in dem eben angedeuteten Fall, wo die Klage auf restituere oder exhibere geht. Der Kläger hat z. B. sein Eigentum an einer von dem Beklagten ihm vorenthaltenen Sache nachgewiesen. Er wird, obschon er mit seiner Eigentumsklage (rei vindicatio) durchdringt, dennoch, infolge der blofsen Verurteilung des Beklagten zu einer Geldsumme, nicht diese seine Sache, sondern nur eine vom Beklagten geleistete Geldentschädigung erhalten. Der Beklagte behauptet sich im Besitz der Sache, obgleich er den Procefs verliert. Ja, der Beklagte wird Eigentümer (nach prätorischem Recht) in demselben Augenblick, wo er dem Kläger die Geldentschädigung (quanti ea res est) auszahlt. Der Erfolg der siegreich durchgeführten Eigentumsklage ist die Expropriation des Klägers, der Verlust des Eigentums. In derselben mifslichen Lage befindet sich der Niefsbrauchsberechtigte (Usufructuar), welcher mit der Niefsbrauchsklage (actio confessoria) sein Recht auf Herausgabe des Niefsbrauchsobjects, der Pfandgläubiger, welcher mit der Pfandklage (actio in rem hypothecaria) sein Recht auf Herausgabe des Pfandobjects, der Vermieter, welcher mit der Mietklage (actio locati) nach beendigter Mietzeit sein Recht auf Herausgabe des Mietobjects erstritten hat, der Commodant, welcher mit actio commodati directa die geliehene Sache, der Deponent, welcher mit actio depositi directa die zur Aufbewahrung gegebene Sache, der Verpfänder, welcher mit actio pignoraticia directa nach Bezahlung der Pfandschuld vom Faust-

pfandgläubiger die verpfändete Sache zurückfordert, der Betrogene, welcher mit actio de dolo die infolge Betrugs, der Gezwungene, welcher mit actio quod metus causa die infolge Drohung von ihm weggegebene Sache wiederbegehrt, der Erbe, welcher mit der hereditatis petitio von dem blofs vermeintlichen Erben die Ausantwortung der von demselben in Besitz genommenen Erbschaft fordert, der Eigentümer, welcher, um seine rei vindicatio vorzubereiten, mit actio ad exhibendum die Vorlegung (exhibere) der von dem Gegner besessenen Sache verlangt, um die Identität derselben mit der ihm abhanden gekommenen Sache feststellen zu können u. s. f. In all diesen Fällen wird restituere, bezw. (im letzten Fall) exhibere begehrt. Die siegreich durchgeführte Klage führt aber infolge des Princips der Geldcondemnation nicht zur Befriedigung, sondern zur Abfindung des klägerischen Rechts.

Dasselbe unbefriedigende Resultat ergiebt sich, wenn der Käufer (z. B. wegen heimlicher Mängel der gekauften Ware) mit der actio redhibitoria die Auflösung des Kaufvertrags fordert. Die Geldcondemnation giebt ihm nur sein Interesse (quanti ea res erit) an der Auflösung des Kaufvertrags, nicht aber was er zu fordern berechtigt ist, nämlich die Auflösung selbst, also Rückgabe der Ware seinerseits, um dafür den gezahlten Preis (bezw. Befreiung von der Kaufschuld) zurückzuempfangen. Er müfste also z. B. trotz Condemnation des Gegners das gekaufte Tier dennoch behalten, von dem sich herausgestellt hat, dafs es eine ansteckende Krankheit hat oder dgl.

Auch bei der Noxalklage ist der Fall denkbar, dafs die condemnatio doch den Interessen des Klägers nicht gerecht wird. Hat der Sklav ein Delict begangen, so haftet sein Herr in der Weise, dafs er entweder die Folgen des Delicts (Schadensersatz und Strafzahlung) auf sich nehmen, oder den Sklaven an den durch das Delict Betroffenen ausliefern mufs (noxae deditio). Aber man denke an den Fall der Injurie. Der Sklav hat den Kläger durch ein Schimpfwort beleidigt. Die condemnatio: der Herr gebe den Sklaven heraus oder zahle eine (kleine) Geldsumme (das letztere wird der Herr natürlich thun), verschafft dem Kläger keine Genugthuung. Die Geldsumme ist ihm nichts. Der Lage des Falls wäre es weit angemessener, wenn kein Geld

gezahlt, aber der Sklav zur Züchtigung mit einigen Streichen bedacht würde.

Alle diese Fälle haben das Gemeinsame, dafs die Geldcondemnation nicht imstande ist, das Interesse des Klägers wirklich zu befriedigen.

Eine Schwierigkeit anderer Art ergab sich bei den negotia stricti juris, d. h. bei den Geschäften, welche streng nach ihrem Wortlaut ausgelegt werden (zum Beispiel die Stipulation, unten § 67). War durch negotium stricti juris eine Leistung an einem bestimmten Ort zugesagt worden (z. B. durch das Stipulationsversprechen: Ephesi centum dare), so konnte die Leistung nur an diesem Ort gefordert und der Verklagte nur an diesem Ort condemniert werden. Denn anderswo zu leisten hatte der Schuldner nicht versprochen, und wenn der Gläubiger anderswo klagte, so forderte er etwas anderes, als ihm versprochen war (plus petitio), und mufste seinen Procefs verlieren. Aber er konnte vielleicht an dem bestimmten Ort (in Ephesus) nicht klagen, denn der Beklagte blieb von demselben beharrlich fern, und ein Verfahren gegen einen abwesenden Beklagten gab es nach älterem Recht nicht. Hier mufste doch dem Gläubiger geholfen werden. Er mufste berechtigt sein, auch an einem anderen Orte zu klagen, an dem ihm dann aber natürlich nicht das Recht genau auf die zugesagte Leistung, sondern nur das Recht auf das Interesse an dieser Leistung unter Berücksichtigung des Ortsinteresses zustand. Dazu bedurfte es aber einer Modification in dem Condemnationsbefehl, denn die condemnatio ging bei der actio stricti juris nicht auf das Interesse des Klägers an der Leistung, sondern schlechtweg auf den Wert der Leistung in Geld ausgedrückt. Ward eine bestimmte Geldsumme mit actio stricti juris (condictio certi) gefordert, so ging die Condemnation genau auf diese Geldsumme, nicht mehr und nicht weniger, nicht aber auf das Interesse des Klägers an dieser Geldsumme[1]). Ebenso wenn es sich nicht um eine Geldsumme, sondern um bestimmte Sachen oder um irgend eine andere Leistung handelte,

[1]) Daher konnte z. B. bei verspäteter Leistung das Verzugsinteresse (z. B. Verzugszinsen) vom Kläger nicht gefordert werden. Aus demselben Grunde war die Berücksichtigung des Ortsinteresses ausgeschlossen.

welche durch negotium stricti juris versprochen war. Nicht das Interesse des Gläubigers an dieser Sache oder Handlung, sondern nur der objective Wert dieser Sache oder Handlung konnte dem Kläger auf Grund der actio stricti juris zuerkannt werden. Diesen objectiven Wert aber vermochte er nur an dem Orte zu fordern, an welchem die Leistung zugesagt war. An jedem anderen Orte forderte er etwas ihm nicht Geschuldetes und verlor seinen Procefs.

Also: bei den oben zuerst genannten Klagen auf restituere oder exhibere (und ebenso bei der actio redhibitoria und im praktischen Resultat auch bei dem genannten Fall der Noxalklage) lag die Unbilligkeit darin, dafs die Condemnation nur auf das Interesse (Geld) und nicht vielmehr auf Naturalbefriedigung des Klägers, bei den actiones stricti juris lag sie umgekehrt darin, dafs die Condemnation nicht auf das Interesse, sondern nur auf den absoluten Wert der Leistung möglich war.

Das war eine sehr verschiedenartige Reihe von Fällen. Aber in allen Fällen dieser Art war die Engherzigkeit der condemnatio der Grund des Übels, und zwar entweder insofern die condemnatio blofse Geldcondemnation war, oder insofern die Geldcondemnation (bei den actiones stricti juris) in gewisse enge Grenzen gewiesen war. Infolge dessen konnte der Prätor in allen Fällen durch das gleiche Mittel helfen, nämlich durch eine Umbildung der condemnatio. Er gab dem judex die Vollmacht, nicht blofs condemnieren, sondern auch arbitrieren zu können, d. h. eine Entscheidung geben zu können, welche den Umständen nach bemessen ist. Das arbitrium ist das von den Schranken des Condemnationsbefehls befreite weitherzige Urteil.

So wird es also den Umständen bei der Eigentumsklage und den anderen ähnlichen Klagen (auf restituere oder exhibere) angemessen sein, wenn der Beklagte zur Naturalbefriedigung des Klägers angehalten wird: es ergeht an ihn, nachdem das Eigentum oder sonstige Recht des Klägers festgestellt ist (pronuntiatio), ein arbitratus (jussus) de restituendo oder de exhibendo. Leistet der Beklagte demselben keine Folge, so erfolgt zwar keine Vollstreckung (weil dem älteren und dem classischen römischen Civilrecht nur die Vollstreckung der Geldschuld bekannt ist, und eben deshalb nur eine Geldverurteilung eine

richtige Condemnation ist[1]), aber es folgt jetzt die Condemnation, und zwar indem der Richter (dem dolosen Beklagten gegenüber) den Kläger die Höhe seines Interesses an der Sache durch Eid feststellen läfst (jusjurandum in litem). Hat der Beklagte eigenwillig die Erfüllung des arbitratus de restituendo verweigert, so wird der Richter auf Grund des klägerischen Eides ihn voraussichtlich in eine Geldsumme verurteilen, welche den Wert der Sache weit übersteigt, mit anderen Worten: die Geldcondemnation wird jetzt (nachdem der arbitratus de restituendo vorausgegangen ist) zu einem Mittel für die Bestrafung des widerspenstigen Beklagten. Damit ist ein zwar indirectes, aber doch sehr wirksames Vollstreckungsmittel für das arbitrium de restituendo geschaffen worden, und jedenfalls für die weitaus gröfste Zahl der Fälle die Unbilligkeit der pecuniaria condemnatio beseitigt.

Ebenso wurde die actio redhibitoria behandelt. Bevor der judex zur condemnatio schritt, erliefs er ein arbitrium des Inhalts, dafs Käufer die gekaufte Ware (mit ihren Accessionen) zurückzugeben, Verkäufer dagegen das empfangene Geld zurückzuzahlen, bezw. den Käufer von der Kaufschuld zu befreien habe. Leistete der Verkäufer schuldhafter Weise dem arbitrium keine Folge, so condemnierte ihn jetzt der judex zur Leistung des doppelten (vgl. l. 45 D. 21, 1). Dem entsprach, dafs bei der Noxalklage wegen Beleidigung durch einen Sklaven (actio injuriarum noxalis) der judex vor der Condemnation dem Herrn durch arbitratus aufgab, den Sklaven zur Erduldung einer vom judex zu bemessenden Prügelstrafe zu stellen. Eventuell mochte dann die Geldstrafe höher bemessen werden[2]).

In den Fällen der actio stricti juris, wo es sich um Condemnation an einem anderen Orte handelte, war die Sache noch einfacher: der Prätor ermächtigte den judex zu einem arbitrium, durch welches er den Beklagten auf das Interesse des Klägers an der Leistung (unter Berücksichtigung also des Ortes) verurteilte.

---

[2]) Zu diesen beiden Fällen vgl. Lenel, Edictum S. 438. 324. — Gab der Verklagte dem arbitrium Folge, so ward er nicht condemniert, kam also der actio redhibitoria gegenüber mit der Rückleistung des simplum (pretium) davon. Dafs dies der Sinn von l. 45 D. cit. ist, zeigen Bechmann, Der Kauf Bd. 1 S. 403; Eck, Das Ziel der actio redhibitoria, in den Juristischen Abhandlungen für Beseler (1885).

Hier stand das arbitrium anstatt der condemnatio. Es wurde nicht condemniert (auf die geschuldete Leistung), sondern nur arbitriert (auf das Interesse), indem der Richter Vollmacht hatte, sowohl das Interesse des Klägers wie das Interesse des Beklagten an dem Ort der Leistung in Betracht zu ziehen; es konnte also unter Umständen der Beklagte an dem anderen Ort auch zu weniger verurteilt werden, als er versprochen hatte (wenn die Leistung an diesem Ort dem Kläger mehr wert war als die Leistung an dem zugesagten Ort). Dem arbitrium folgte hier nicht die condemnatio, sondern die Vollstreckung. Dies arbitrium war exequierbar, weil es direct auf Geld lautete[3]).

Durch das vorige ist der Begriff der actio arbitraria festgestellt. Sie ist eine Klage mit weitherzigem Condemnationsbefehl. Der judex hat eine freiere Stellung, indem ihm der arbitratus gestattet ist. In diesem Sinn sind die Klagen auf restituere und exhibere, die actio redhibitoria und die Noxalklage wegen Beleidigung durch einen Sklaven, sowie die Klage aus einem negotium stricti juris auf das Interesse (unter Berücksichtigung des Orts) actiones arbitrariae. In allen Fällen ist es das gleiche Mittel, durch welches einer Unbilligkeit abgeholfen wird: die Umbildung der condemnatio.

In der formula einer Klage auf restituere oder exhibere ward dem Condemnationsbefehl die Anweisung zum Erlafs des arbitratus de restituendo oder de exhibendo vorangeschickt. Es hiefs nicht schlechtweg: condemna, sondern: neque (nisi) arbitratu tuo restituetur (exhibebitur), condemna. Es konnte nur condemniert werden (zu Geld), nachdem der Restitutionsbefehl (das arbitrium) fruchtlos erlassen war[4]). Ebenso wurde bei der actio redhibitoria

---

[3]) Vgl. Lenel, Edictum S. 193 ff.

[4]) Das restituere kann sich bei den einzelnen Klagen mannigfaltig gestalten. So gehört zum restituere auch die Mitherausgabe von Früchten, welche die Sache getragen hat, die Cession von Klagen, welche in Bezug auf die Sache entstanden sind u. s. f. Zu der Restitution einer Erbschaft vonseiten des in der hereditatis petitio unterlegenen Erbschaftsbesitzers kann gehören, dafs derselbe dem wahren Erben die Schuld zahle, welche er (der Erbschaftsbesitzer) dem Erblasser schuldig war, oder dafs er seinen Sklaven, welcher an Erbschaftssachen ein Delict begangen (z. B. Sachbeschädigung, Diebstahl), noxae gebe (vgl. l. 40 § 4 D. 5, 3). Vgl. Anm. 6.

die Clausel: si arbitratu tuo is homo (der gekaufte Sklav) redhibebitur (vom Käufer) . . . et . . . pecunia non reddetur (vom Verkäufer), bei der namhaft gemachten Noxalklage die Clausel: nisi arbitratu tuo servum verberandum exhibebit (oder ähnlich) — dem Condemnationsbefehl vorausgeschickt.

Die Klage auf das Interesse, welche auf Grund eines örtlich lautenden negotium stricti juris gegeben wird, pflegt heute die arbitraria actio de eo quod certo loco genannt zu werden. Den Römern war sie die actio arbitraria schlechtweg, die Klage, für welche die Bezeichnung als actio arbitraria nicht (wie bei den anderen actiones arbitrariae) Gattungsname, sondern Eigenname war[5]). Sie war die actio arbitraria, weil sie, wie schon bemerkt wurde, nur zu einem arbitrium, nicht zu einer condemnatio im technischen Sinne führte. Die formula gab dem judex lediglich auf, gemäfs seinem arbitratus (seinem billigen Dafürhalten) zu urteilen (sei es auf das Versprochene, sei es auf mehr oder weniger).

So gaben die actiones arbitrariae dem judex eine ähnlich freiere Stellung, wie er sie auch bei den actiones bonae fidei hatte. Aber der Unterschied blieb, dafs die actio bonae fidei kraft ihrer intentio, die actio arbitraria aber kraft ihrer condemnatio dem judex diese freiere Stellung verschaffte. Bei der actio bonae fidei ist es schon das den Procefsgegenstand bildende Recht des Klägers (seinem Inhalt nach), welches den judex auf sein Ermessen verweist, bei der actio arbitraria aber ist es der Befehl des Prätors (der Condemnationsbefehl durch seine hier eintretende Umgestaltung), unabhängig von der Natur des klägerischen Rechts. Es ist keineswegs ausgeschlossen, dafs eine Klage zugleich bonae fidei und arbitraria sei, aber jenes ist sie um ihrer intentio, dieses um ihrer condemnatio willen.

Gaj. Inst. IV § 48: Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est.

§ 31 I. de act. (4, 6): Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem

---

5) Lenel, Edictum S. 195.

restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat[6]), condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur. In personam, veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa aut dolo malo factum est. Item qua id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici ex bono et aequo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

II. Die exceptio. In den Fällen der actio arbitraria liegt eine Umbildung der condemnatio und demgemäfs Erweiterung der Condemnationsbefugnis, in den Fällen der exceptio aber eine Ausnahme von der condemnatio und dem entsprechende Beschränkung der Condemnationsbefugnis vor.

Ist die intentio wahr, so ist zu condemnieren. Dies ist das normale Verhältnis. Die exceptio bewirkt, dafs ausnahmsweise trotz Wahrheit der intentio dennoch nicht condemniert wird. Der Prätor hat dem judex für den Fall, dafs die exceptio begründet ist, die Condemnation, auch wenn wegen Wahrheit der intentio an sich condemniert werden müfste, verboten. Die Erheblichkeit des durch das Mittel der exceptio geltend gemachten Thatbestandes ruht also immer auf ausdrücklicher prätorischer Anweisung an den judex. Daher bildet die Verteidigung ope exceptionis den Gegensatz zu der Verteidigung ipso jure. Der Beklagte beruft sich auf einen ipso jure wirkenden Verteidigungsgrund, wenn er schon kraft des Wortlautes der intentio, dagegen auf einen ope exceptionis wirkenden Verteidigungsgrund, wenn er nur auf Grund des Wortlautes der condemnatio, nämlich auf Grund einer ausdrücklich eingeschobenen Ausnahme vom Condemnationsbefehl (exceptio) freigesprochen werden kann. Darum mufs der ope

---

6) Zur Erläuterung dieser Worte vgl. Anm. 4. — Die Noxalklage als solche ist keine actio arbitraria. Sie hat kein arbitrium; vielmehr geht die condemnatio auf: aut tantam pecuniam aut in noxam dedere. Nur in dem vorher im Text besprochenen Ausnahmsfall ging dieser condemnatio der arbitratus de verberando vorauf.

exceptionis wirkende Verteidigungsgrund schon in jure (im ersten Teil des Processes, vor dem Magistrat) geltend gemacht, d. h. in Hinblick auf denselben die Einfügung der exceptio in die formula erbeten werden, während der ipso jure (schon nach Maſsgabe der intentio) wirkende Verteidigungsgrund in judicio (vor dem bestellten judex) immer noch vorgeschützt werden kann, auch wenn seine Geltendmachung in jure versäumt war.

Das Wesen der exceptio ist, dem Gegensatz des prätorischen Rechts gegen das Civilrecht Ausdruck zu geben. Dem Kläger sind z. B. durch ein streng und wörtlich verpflichtendes Rechtsgeschäft (negotium stricti juris), etwa durch Stipulation, hundert versprochen worden. Darauf hat er dem Schuldner in formloser Weise die Schuld erlassen (pactum de non petendo). Ein solches pactum de non petendo ist nach Civilrecht in unserem Fall ungiltig, nach prätorischem Recht aber giltig. Nun klagt der Kläger mit der actio stricti juris (condictio certi). Die intentio lautet: Si paret N.um N.um (Schuldner) A.o A.o (dem Gläubiger) C dare oportere. Diese intentio ist wahr, denn nach Civilrecht (dare oportere) ist der Schuldner dem Gläubiger trotz des pactum de non petendo immer noch die hundert schuldig. Beklagter müſste also condemniert werden. Aber der Prätor fügt dem Condemnationsbefehl die Ausnahme bei: si inter A.um A.um et N.um N.um non convēnit, ne ea pecunia peteretur (sog. exceptio pacti de non petendo). Also wenn der Schuldner das pactum de non petendo beweist, muſs er infolge prätorischer Anweisung vom judex dennoch freigesprochen werden. Ganz in ähnlicher Weise kann einem civilrechtlichen Anspruche gegenüber die Berufung des Beklagten auf Betrug seitens des Gegners (exceptio doli), auf Bedrohung (exceptio metus), auf Vergleich (exceptio transactionis), auf einen ausgeschworenen Schiedseid (exceptio jurisjurandi) in Form einer exceptio geltend gemacht werden. Das Civilrecht berücksichtigt alle diese Umstände grundsätzlich nicht. Würde der Beklagte sich auf Zahlung berufen, so würde er schon ipso jure frei sein, einer exceptio nicht bedürfen, sondern schon kraft der intentio absolviert werden müssen (das dare oportere ist nicht mehr wahr). Aber durch Betrug, Furcht u. s. w. wird das dare oportere grundsätzlich nicht berührt. Die intentio bleibt wahr. Der Beklagte müſste verurteilt werden. Der Prätor hilft ihm durch

eine exceptio: der judex darf den Beklagten nicht condemnieren, obgleich es nach Civilrecht geschehen müfste. Wie die actio in factum und die actio utilis also ein Mittel ist, um in Widerspruch mit dem Civilrecht zu einer Condemnation, so ist die exceptio das Mittel, um in Widerspruch mit dem Civilrecht zu einer Absolution zu gelangen. Die exceptio bedeutet ein Mittel, die Befreiungsgründe des jus honorarium geltend zu machen.

Der gleiche Gesichtspunkt trifft in anderen Fällen zu, welche nur auf den ersten Blick einen anderen Schein darbieten.

Nicht immer nämlich hat das Civilrecht, indem es gewisse Rechtsgeschäfte verbot, die Nichtigkeit der trotzdem geschlossenen Rechtsgeschäfte ausgesprochen. So verbot die lex Cincia (204 v. Chr.) gewisse Schenkungen (oben S. 124). Aber die trotzdem geschehene Schenkung blieb nach Civilrecht giltig. Der Prätor war es, welcher durch Erteilung einer exceptio legis Cinciae dem Verbot der lex Cincia Geltung verschaffte. Ebenso wenn ein senatusconsultum Vellejanum (46 n. Chr.) die Intercession der Frauen (die Übernahme einer Schuld in fremdem Interesse) verbot, aber es dem Magistrat überliefs, dies Verbot in seiner Rechtsprechung wirksam zu machen [7]). Der Prätor that es, indem er der Frau, welche aus dem Intercessionsgeschäft (z. B. einer Bürgschaft) verklagt wurde, die exceptio senatusconsulti Vellejani gab. Ebenso gab es eine exceptio legis Plaetoriae (§ 43), eine exceptio senatusconsulti Macedoniani (§ 66) u. s. f. Der Prätor folgte hier den Weisungen, welche ihm eine für das Civilrecht mafsgebende Quelle in Bezug auf die Gestaltung seines jus honorarium gab (vgl. oben S. 51). Aber diese Quelle selber hatte sich darauf beschränkt, einen Rechtssatz des öffentlichen Rechts hervorzubringen (ganz ebenso wie in dem oben S. 52 Anm. 12 besprochenen Fall): sie hatte lediglich eine Pflicht des Jurisdictionsmagistrats in Bezug auf die Handhabung seines imperium, nicht aber einen für das Privatrecht unmittelbar wirkenden Rechtssatz aufgestellt. In solchen Fällen sprechen wir heute von „civilen Exceptionen". Wir

---

[7]) Es hiefs im Senatusconsult: arbitrari senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur. — Ganz ebenso ging das Trebellianische und das Pegasianische Senatusconsult vor, vgl. unten die Belegstellen zu § 104.

meinen damit solche Exceptionen, welche im Dienst eines civilen öffentlich-rechtlichen Rechtssatzes stehen. Aber trotzdem ist auch in diesen Fällen die privatrechtliche Befreiung des Schuldners ein Werk nur des jus honorarium, und nicht des jus civile. Denn nach civilem Privatrecht bleibt das Schenkungsgeschäft, bleibt die Bürgschaft der Frau u. s. w. vollkommen giltig, und nur nach prätorischem Recht hat das civilrechtliche Princip die Befreiung des Schuldners zur Folge. Infolge dessen bedarf es auch in diesen Fällen der ausdrücklichen Anweisung des Prätors an den judex, daſs er nicht condemniere, bedarf es der Statuierung einer Ausnahme (exceptio); der judex würde sonst (eben nach Civilrecht) condemnieren müssen. Also auch die sog. civile exceptio bedeutet einen Rechtsgrund für die Absolution des Beklagten, welcher einen Befreiungsgrund nur auf Grund des jus honorarium darstellt.

Bisher ist von der formula in jus concepta ausgegangen, von der formula also, welche auf einen civilrechtlich begründeten Anspruch als Bedingung der Condemnation Bezug nimmt, und welche Gelegenheit giebt, durch das Verhältnis der condemnatio zur intentio zugleich das Verhältnis des Prätors zum Civilrecht zum Ausdruck zu bringen: die unclausulierte condemnatio (ohne exceptio) bedeutet den Einklang des Prätors mit dem Civilrecht[8]), die clausulierte condemnatio aber (mit exceptio) den Widerspruch des Prätors gegen das Civilrecht.

Anders bei der formula in factum concepta, also bei der formula, welche in ihrer intentio lediglich eine Thatsache (z. B. daſs der Patron vom libertus ohne prätorische Erlaubnis vor Gericht geladen sei) als Bedingung der condemnatio namhaft machte. Hier wird der unclausulierte Condemnationsbefehl jedesmal jede Verteidigung des Verklagten (von einer Leugnung jenes Factums abgesehen) unmöglich machen. Hätte er auch dem

---

[8]) Insofern es sich nämlich um die condemnatio handelt. Aber es kann schon die intentio juris civilis eine Umbildung erfahren haben, die Klage also aus einer civilrechtlichen zu einer prätorischen actio utilis (oben S. 160) geworden sein. Aber auch die actio utilis nimmt als actio in jus concepta immer noch, wenngleich unter Modificationen, auf das Civilrecht Bezug, und die unclausulierte condemnatio bedeutet dann immer den Einklang des Prätors mit dem in Bezug genommenen Civilrecht.

Gegner schon gezahlt, also zweifellos jeden Anspruch desselben aufgehoben, so würde doch bei unclausulierter condemnatio seine Verurteilung erfolgen müssen, sobald nur die Klagthatsache an sich wahr ist. Hier bedarf es also, falls der Beklagte sich auf Zahlung berufen will, einer exceptio solutionis, welche der intentio juris civilis gegenüber undenkbar ist. Hier mufs überhaupt die Geltendmachung eines jeden Befreiungsgrundes, falls der Beklagte ihn soll geltend machen dürfen, durch ausdrückliche exceptio dem Verklagten vorbehalten werden. Also: der intentio in factum concepta gegenüber führt jeder Befreiungsgrund zu einer exceptio: das Bedürfnis nach einer exceptio hat hier keinen materiellrechtlichen Grund (in der Rechtskraft des Befreiungsgrundes); es rührt lediglich von der formalen Enge der intentio in factum concepta her. Wenn eine Thatfrage als solche zur Procefsfrage und zur Bedingung der condemnatio gemacht ist, so ist in der formula der judex auf keinerlei Rechtssätze verwiesen, welche ihm Richtschnur seiner Condemnation sein könnten. Es müssen ihm vielmehr alle Rechtssätze, welche das Bedingungsverhältnis zwischen dieser Thatfrage und der Condemnation im concreten Fall bestimmen, in Form einer exceptio ausdrücklich auseinandergesetzt werden. Die exceptio bei der formula in factum concepta ist jeder Vorbehalt, welchen der Prätor um seiner zu eng gefafsten intentio willen dem judex schuldig ist.

Ein materieller Begriff liegt nur der exceptio zu Grunde, welche der intentio in jus concepta gegenüber steht, und in diesem materiellen Sinne bedeutet die exceptio einen Befreiungsgrund nach prätorischem Recht, im Widerspruch mit dem Civilrecht.

Die gröfste Rolle von allen Exceptionen hat die exceptio doli in der Entwickelung des römischen Rechts gespielt. Sie hatte die allgemeine Fassung erhalten: si in ea re nihil dolo malo A.^i A.^i factum sit neque fiat (Gaj. IV § 119)[9]. Darin lag einmal, dafs der Richter den dolus berücksichtigen mufste, welchen Kläger sich früher, nämlich bei Abschlufs des Rechtsgeschäfts, hatte zu schulden kommen lassen (darauf geht das Perfect:

---

[9]) Diese Fassung geht mindestens in die Zeit des Labeo zurück: A. Pernice, Labeo Bd. 2 S. 113.

factum sit). Insoweit war die exceptio doli die oben S. 123 bereits besprochene Einrede des Betrugs, eine Einrede, welche einen bestimmten einzelnen Thatbestand (ebenso wie die exceptio metus, pacti de non petendo u. s. w.) zum Zweck der Abweisung des Klägers geltend machte, und pflegt die exceptio doli in dieser Richtung daher heute als exceptio doli specialis bezeichnet zu werden. Zum andern aber war der Richter durch die Fassung der exceptio doli angewiesen, auch denjenigen dolus zu berücksichtigen, welchen Kläger sich jetzt, nämlich durch die Erhebung der Klage, zu schulden kommen läfst (darauf geht das Präsens: fiat). Ein dolus dieser Art liegt überall da vor, wo Kläger klagt, obgleich er weifs, dafs sein Klagebegehren aus irgend einem Grunde der Billigkeit widerspricht, wo Kläger also durch die Anstellung der Klage wissentlich der bona fides zuwiderhandelt, z. B. er klagt aus einem von ihm durch Drohung erzwungenen Rechtsgeschäft, oder er klagt in Widerspruch mit einer getroffenen formlosen Abrede (pactum de non petendo). So vermag die exceptio doli also auch anstatt der exceptio metus oder der exceptio pacti zu dienen. Ja, noch mehr. Die römische Jurisprudenz hat von dem Erfordernis der wissentlich ungerechten Klage abgesehen und die exceptio doli in allen den Fällen für zuständig erklärt, wo nur ipsa res in se dolum habet (l. 36 D. de verb. obl. 45, 1), d. h. wo durch die Erhebung des Klagebegehrens objectiv gegen die bona fides verstofsen worden ist. Der Richter galt durch Einfügung der exceptio doli in die formula für ermächtigt, alle Umstände zu berücksichtigen, welche die Verurteilung des Beklagten als sachlich unbillig erscheinen liefsen. In dieser Function pflegt die exceptio doli daher heute als exceptio doli generalis bezeichnet zu werden (während die Römer nur die eine exceptio doli kennen, welche zugleich als exceptio doli specialis und als exceptio doli generalis im heutigen Sinne wirkt). So vermochte die exceptio doli also alle anderen speciellen Exceptionen zu vertreten und als allgemeiner (unsubstantiirter) Exceptionsvorbehalt zu wirken, welcher den Beklagten in den Stand setzte, in judicio alle Umstände geltend zu machen, welche aus irgend einem Grunde seine Befreiung herbeizuführen geeignet sind. Vor allem ward die exceptio doli durch diesen ihren weiten Inhalt das Mittel, dessen die römische Jurisprudenz und

Praxis sich bediente, um die Umbildung des materiellen Rechts im Sinne der aequitas zu bewirken. Diese exceptio doli ward gebraucht, um dem strictum jus, welches die streng wörtlich verpflichtenden Rechtsgeschäfte (vgl. § 63) regierte, die Spitze abzubrechen, um den wirklichen Sinn eines gegebenen formalen Versprechens gegen die Consequenzen des Wortlauts, um die unterliegenden wirtschaftlichen Verhältnisse (es war z. B. in irrtümlicher Voraussetzung einer Schuldverbindlichkeit versprochen worden) gegen die Rechtskraft des Formalcontracts zu verteidigen, um Gegenansprüche im Wege der Retention (bei nicht gleichartiger Gegenforderung: z. B. Beklagter soll eine Sache restituieren, verlangt aber die Auslagen ersetzt, welche er auf die Sache gemacht hat) oder im Wege der Compensation (bei gleichartiger Gegenforderung) geltend zu machen. Die exceptio doli ward die exceptio vor allen Exceptionen, das Werkzeug, von der Hand römischer Jurisprudenz geführt, mit welchem das jus aequum gerüstet ward, um auf allen Punkten der Linie das alte jus strictum aus dem Felde zu schlagen[10]. Solche Kraft und Reichtum der Entwickelung vermochte sich in einer karg und knapp gefaſsten Ausnahme zu bergen, welche der Prätor seinem Condemnationsbefehl an den judex beifügte!

Die Ausnahme, welche die exceptio von dem Condemnationsbefehl macht, kann ihrerseits durch replicatio wiederum eine Ausnahme zu Gunsten des Klägers, und dann die replicatio wieder durch duplicatio eine Ausnahme zu Gunsten des Beklagten erhalten, auf duplicatio kann triplicatio folgen u. s. f.

Die meisten exceptiones sind peremtorischer Natur (sog. exceptiones perpetuae oder peremtoriae), d. h. sie ruhen auf einem den Kläger schlechtweg mit seiner Klage ausschlieſsenden Thatbestand (so die auf S. 176 als Beispiele genannten Exceptionen), oder sie sind exceptiones dilatoriae, d. h. sie schlieſsen den Kläger nicht schlechtweg, sondern nur jetzt (er klagt zu früh), oder nur in dieser Form (z. B. er klagt durch einen ungeeigneten Stellvertreter) von der Klage aus. Die exceptio peremtoria steht der Klage an sich, die exceptio dilatoria der Klage nur in dieser be-

---

[10]) Vgl. zu dem obigen A. Pernice, Labeo Bd. 2 S. 112 ff.

stimmten Art ihrer Geltendmachung gegenüber[11]. Der Erfolg der exceptio ist aber in beiden Fällen nach classischem Recht der gleiche. Auch auf Grund einer dilatorischen exceptio wird der Beklagte nicht blofs von dieser Klage (zu dieser Zeit oder in dieser Form), sondern überhaupt von der Klage, also schlechtweg, absolviert. Eine Wiederholung der Klage war durch die mit der litis contestatio eingetretene Consumtion der Klage (vgl. S. 148. 155) ausgeschlossen. Unsere heutige Absolution von der Instanz (welche die Wiederholung der unrichtig angestellten Klage zur richtigen Zeit, in richtiger Form vorbehält) ist dem classischen Recht unbekannt, und erst durch das spätere Kaiserrecht (Kaiser Zeno) für den Fall der verfrühten Klage eingeführt worden.

pr. I. de except. (4, 13): Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. § 1: Verbi gratia si metu coactus aut dolo inductus . . . stipulanti Titio promisisti, . . . palam est, jure civili te obligatum esse; et actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio metus causa, aut doli mali, . . . ad impugnandam actionem.

§ 9 eod.: Perpetuae et peremptoriae (exceptiones) sunt, quae semper agentibus obstant et semper rem, de qua agitur, peremunt: qualis est exceptio doli mali, et quod metus causa factum est, et pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur. § 10: Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium; nam finito eo tempore non impeditur actor rem exsequi. . . . . § 11: Praeterea etiam ex persona dilatoriae sunt exceptiones: quales sunt procuratoriae, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit.

pr. I. de replicationibus (4, 14): Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie justa videatur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est adjuvandi actoris gratia, quae replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam

---

[11]) Schultze, Privatr. u. Proc. S. 320.

petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut petere creditori liceat. Si agat creditor, et excipiat debitor, ut ita demum condemnetur: si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, — nocet ei exceptio, convenit enim ita: namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sunt; sed quia iniquum est creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

§ 1 eod.: Rursus interdum evenit, ut replicatio, quae prima facie justa est, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est adjuvandi rei gratia, quae duplicatio vocatur.

§ 41.

Perpetua und temporalis actio. — Tempus utile.

Eine Reihe von actiones honorariae gab der Magistrat nur während einer bestimmten Frist. So wurden insbesondere die prätorischen Strafklagen, also diejenigen Klagen, welche nicht kraft Civilrechts, sondern lediglich kraft des prätorischen Edicts eine Strafe einforderten, vom Prätor nur während eines annus utilis gegeben. Solche befristeten Klagen heifsen actiones temporales. Die Klagbefristung schlofs zugleich eine Rechtsbefristung in sich, weil der Rechtsanspruch in allen Fällen der actiones honorariae lediglich auf der Klageverheifsung des Edicts (judicium dabo) beruhte. War die Klageverheifsung befristet (intra annum judicium dabo), so war zugleich das Recht befristet. Mit dem Ablauf der Frist erlosch die actio temporalis, und mit ihr das Recht (auf Strafzahlung).

Das Civilrecht dagegen kannte grundsätzlich keine Klagbefristung. Die actiones civiles, und neben ihnen die actiones honorariae, für welche der Prätor keine Fristbestimmung gesetzt hatte, waren actiones perpetuae. Nur ausnahmsweise hatte das Civilrecht eine Fristbestimmung[1]).

Die Kaiser Honorius und Theodosius aber haben (424 n. Chr.) aus nahe liegenden Zweckmäfsigkeitsgründen für alle Klagen

[1]) So für die Klage de statu defuncti und für die querela inofficiosi testamenti (unten § 100) eine Frist von 5 Jahren.

eine Verjährung eingeführt. Die Verjährung tritt regelmäfsig nach Ablauf von 30 Jahren, ausnahmsweise nach Ablauf von 40 Jahren ein. Klagt der Kläger nach Ablauf dieser Zeit, so steht ihm die Einrede der Klagverjährung (praescriptio temporis) entgegen.

Die früheren Bestimmungen über Klagbefristung blieben bei Bestand. So sind actiones perpetuae jetzt die Klagen, welche erst in 30 oder 40 Jahren verjähren; actiones temporales die kürzer befristeten Klagen.

Der civilrechtliche Anspruch ruht nicht auf irgend welcher Klageverheifsung, sondern auf dem überlieferten Recht, infolge dessen der Magistrat die Klage giebt. Der Rechtsanspruch erzeugt die Klage. Die von Theodos II. eingeführte Verjährung der civilrechtlichen Klage ist daher zwar Klagverjährung, nicht aber Rechtsverjährung.

In diesem Sinne ist die Befristung der Klage auch für die actiones temporales vom späteren römischen Recht aufgefafst, und für das Recht des Corpus juris, welches wir recipiert haben, das einheitliche Institut der Klagverjährung mit bald kürzeren, bald längeren Fristen ausgebildet worden, welche nur die Klage aufhebt, nicht auch das Recht.

Das Jahr, welches der Prätor für seine Klagbefristungsfälle ansetzte, war ein annus utilis, d. h. eine Jahresfrist, in welche nur die Tage eingerechnet wurden, an denen die Klagerhebung thatsächlich möglich war (an denen Gerichtssitzung gehalten wurde, der zu Beklagende bekannt und mit der Klage belangbar war u. s. f.). Daraus ergiebt sich der Begriff des tempus utile. Tempus utile ist die Gerichtsfrist[2], in welche nur die Tage eingerechnet werden, an welchen die gerichtliche Handlung (nach

[2]) Nur für gerichtliche Handlungen (Klagerhebung und Erbittung der bonorum possessio, vgl. unt. § 97) kommt kraft Rechtssatzes ein tempus utile vor. Auch die Erbittung der bonorum possessio nimmt den Prätor als Richter in Anspruch, nur dafs sie schon nach classischem Recht regelmäfsig auch ohne feierliche Gerichtssitzung an den irgendwo angetroffenen Prätor gerichtet werden kann (de plano). Die Folge davon war natürlich, dafs in die Erbittungsfrist der bonorum possessio regelmäfsig nicht mehr blofs die Gerichtstage, sondern alle Tage nach erlangter Kenntnis des Erbfalls eingerechnet wurden (sofern nicht anderweitige Hindernisse sich geltend machten).

classischem Recht: die Handlung vor dem Prätor) möglich ist. Den Gegensatz bildet das sog. tempus continuum, die Frist, in welche grundsätzlich alle Tage eingerechnet werden. So bedeutet z. B. die Klagverjährungsfrist von 30 bezw. 40 Jahren ein tempus continuum in dem angegebenen Sinn.

L. 35 pr. D. de O. et A. (44, 7) (Paulus): In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait: ut, quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur; ceterae intra annum.

L. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3) (Ulpian.): Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit experiundi potestatem habere. Et quidem inprimis exigendum est, ut sit facultas agendi: neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive reipublicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiri neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui praetoris copiam non habuit; proinde hi dies cedunt, quibus jus praetor reddit.

§ 42.

Die Wirkung des Processes.

Der Procefs hat zwei Hauptacte: die litis contestatio, die Formulierung des Rechtsstreits (oben S. 134. 154), und das Urteil, die Entscheidung des Rechtsstreits.

I. Die eigentümliche Wirkung der litis contestatio ist die Rechtshängigkeit der Sache, d. h. derselbe Procefs kann nun nicht noch einmal zur gerichtlichen Verhandlung gebracht werden: er mufs auf Grund dieser litis contestatio in diesem Verfahren endgiltig zur Entscheidung gebracht werden. Mit der litis contestatio vollzieht sich die mafsgebende Ausübung des Klagerechts. Daraus folgt: 1) Erst mit der litis contestatio wird die Klagverjährung unterbrochen. 2) Mit der litis contestatio wird das Klagrecht consumiert. Wiederholung der Klage ist ausgeschlossen (bis de eadem re ne sit actio). Dem

auf nochmalige gerichtliche Verhandlung derselben Frage (eadem quaestio) gerichteten Begehren steht (vgl. S. 155) die exceptio rei judicatae vel in judicium deductae[1]) im Wege. 3) Die litis contestatio ist die Grundlage des Urteils. Das Urteil bezieht sich auf den Moment der l. c. zurück. Kläger mufs bereits im Moment der l. c. das von ihm in Anspruch genommene Recht besessen haben. Andererseits soll der siegreiche Kläger durch das Urteil in dieselbe Lage versetzt werden, als wenn sogleich zur Zeit der l. c. zu seinen Gunsten geurteilt worden wäre. Darum geht das Urteil auch auf Erstattung von Früchten der Zwischenzeit, von Schadensersatz u. s. f.

Die Römer haben auf Grund dieser Wirkungen die litis contestatio mit der Novation (Schuldverwandlung, vgl. unten § 67 II) verglichen. Es kann jetzt im Wege gerichtlichen Verfahrens nicht mehr die ursprünglich vom Beklagten geschuldete Leistung (das würde eine Wiederholung derselben Klage sein), sondern nur noch die Fortsetzung des begonnenen Verfahrens gefordert werden: ante litem contestatam dare reum oportere, post litem contestatam condemnari oportere (Gaj. III § 180). Es wird ferner infolge des Princips der Geldcondemnation (S. 168) nach classischem Recht der ursprüngliche Anspruch des Klägers in einen Geldanspruch umgesetzt. Es wird endlich nach der litis contestatio auch ein an sich unvererblicher Anspruch (z. B. die actio injuriarum) als vererblich behandelt. Die Rechtshängigkeit der Sache, welche durch die litis contestatio bewirkt wird, hat zugleich die processualische Consumtion und die processualische Wiedergeburt des geltend gemachten Anspruchs zur Folge.

II. Die eigentümliche Wirkung des Urteils ist seine Rechtskraft. Es wirkt (sobald es inappellabel geworden ist)

---

[1]) Vgl. Lenel, Edictum S. 403. 404, wo gezeigt ist, dafs die Römer nicht eine besondere exceptio rei in judicium deductae neben der exceptio rei judicatae, sondern nur eine exceptio rei judicatae vel in judicium deductae kennen, woraus sich zugleich ergiebt, dafs die sog. negative Function der exceptio rei judicatae (ihre Bestimmung, die consumierende Wirkung des Processes geltend zu machen) als die principale zu denken ist. Aber es kann, wie im Text unter II bemerkt ist, die gleiche exceptio auch zum Zweck der Geltendmachung des Inhalts des Urteils gebraucht werden (sog. positive Function der exceptio rei judicatae).

wie eine Gesetzesnorm für diesen Einzelfall[2]). Es wird nicht bloſs die Wiederholung desselben Processes, sondern auch jede spätere, der Entscheidung des Urteils direct widersprechende Rechtsbehauptung durch Berufung auf das Urteil abgeschnitten (exceptio rei judicatae in ihrer sog. positiven Function). Ist der Beklagte zur Leistung condemniert worden (oder hat er eine confessio in jure abgelegt, vgl. oben S. 31), so hat Kläger auf Grund des Urteils (bezw. der confessio in jure und einer eventuell derselben nachfolgenden litis aestimatio, vgl. l. 6 § 2 D. 42, 2) die actio judicati, welche zur Execution, d. h. zur zwangsweisen Geltendmachung des klägerischen Rechtes führt.

III. Die Execution war im alten Recht grundsätzlich Personalexecution (manus injectio, vgl. oben S. 142), welche den Schuldner in die Schuldknechtschaft brachte, mit Verkaufsrecht (trans Tiberim) und Tötungsrecht des Gläubigers (S. 28). Verkaufsrecht und Tötungsrecht wurden durch die lex Poetelia (313 v. Chr.) aufgehoben. Aber die Schuldknechtschaft blieb, wenngleich jetzt thatsächlich nur in der Form der Schuldhaft wirkend, das principale Executionsmittel des Civilrechts. Mit der Person des Schuldners (der ja zum Gläubiger in Sklavenverhältnis trat) verfiel auch seine ganze Habe, wahrscheinlich ebenso seine ganze Familie (der Umkreis seiner Gewaltunterworfenen) der Macht des Gläubigers. So schloſs die Personalexecution eine Vermögensexecution in sich, aber nur mittelbar und indem sie ohne Rücksicht auf die Höhe der Schuld stets den ganzen Mann und das ganze Vermögen forderte. Die Selbstverpfändung, welche zum Wesen des Schuldcontracts alten Stils gehörte (oben S. 27. 38), ward durch die Schuldvollstreckung verwirklicht. Die Idee der Selbstverpfändung aber war die der Conventionalstrafe: mit Leib und Gut wollte der Schuldner dem Gläubiger verfallen sein, wenn er diese Schuld nicht einlöste. So war das Ziel der alten Execution nicht so sehr Befriedigung des Gläubigers (wie heute), als vielmehr die strafende Verhaftung der (vom Schuldner selbst zu Pfand gesetzten) Persönlichkeit mit allem, was sie ist und hat.

Erst der Prätor gab directe Execution in das Vermögen: die missio in bona (Besitzeinweisung in das gesamte schuldnerische

[2]) Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm (1877) S. 80 ff.; O. Bülow, Gesetz und Richteramt (1885).

Vermögen zu Gunsten des Gläubigers. Ein von den Gläubigern erwählter Masseverwalter (magister) verkaufte das Vermögen als Ganzes (venditio bonorum). Der Käufer (bonorum emtor) zahlte den Gläubigern bestimmte Procente ihrer Forderungen (dies war der Kaufpreis, für welchen er das Activvermögen erwarb). Also: eine Execution jedesmal in das ganze Vermögen, welche daher jedesmal die Zuziehung auch aller anderen Gläubiger des Exequendus zur Folge hatte. Sowohl in dieser Thatsache, wie in der Infamie, welche den Schuldner infolge der missio in bona traf, blieben noch die Erinnerungen der alten Personalexecution erkennbar: dem Gläubiger galt nicht bloſs das Vermögen, sondern auch die Ehre des Schuldners als verhaftet.

So stand dem Gläubiger zur Wahl: einerseits Personalexecution (nach Civilrecht), andererseits Vermögensexecution (nach prätorischem Recht). Nach einer lex Julia (wohl erst unter Augustus publiciert) schloſs der Schuldner durch freiwillige Vermögensabtretung (cessio bonorum), also durch freiwillige Herbeiführung der Execution in sein gesamtes Vermögen[3]) das Wahlrecht seiner Gläubiger aus: es hatte dann bei der Vermögensexecution (prätorischen Stils) sein Bewenden, der Schuldner ward ferner nicht imfam und erwarb das beneficium competentiae, d. h. das Recht, daſs ihm bei der Execution der notdürftige Lebensunterhalt gelassen werde (ne egeat; er wird nur condemniert, in quantum facere potest).

Neben dieser Generalexecution in das Vermögen (welche vom Kläger durch actio judicati herbeigeführt wurde) hat dann der Prätor auch eine Specialexecution (Pfändung einzelner Sachen des Beklagten, sog. pignus in causa judicati captum) ausgebildet, welche unter Umständen nach Ermessen des Prätors (extra ordinem, auf postulatio des Klägers) zur Anwendung kam. War der Beklagte im Verfahren extra ordinem (vgl. § 43) von dem Magistrat der Restitutionspflicht oder Exhibitionspflicht in Bezug auf eine bestimmte Sache schuldig erkannt worden, so war in gleicher Weise ein unmittelbar auf die Herausgabe dieser Sache gerichteter Zwang (durch Androhung von Multen, d. h. Geldstrafen, nötigen-

---

[3]) Die cessio bonorum ist dasselbe, was wir heute Antrag des Schuldners auf Concurseröffnung nennen würden.

falls manu militari) möglich. In der späteren Kaiserzeit ist das Extraordinarverfahren die ordentliche Form des Verfahrens, und daher diese directe und specielle Execution die grundsätzlich zur Anwendung kommende Form der Vollstreckung geworden (§ 44). Die Execution des Civilprocesses ist seitdem das, was sie heute ist, ein Vollstreckungsverfahren lediglich zur Befriedigung des Klageberechtigten.

§ 43.

Verfahren extra ordinem. — Interdicta. — In integrum restitutio.

I. Das Verfahren extra ordinem (judiciorum privatorum)[1] ist das Verfahren ohne Einsetzung eines judicium, also ohne litis contestatio (oben S. 134) und ohne Urteil (sententia, oben S. 137) im technischen Sinne des Wortes. Die ganze Verhandlung bleibt vor dem Magistrate (in jure) und endigt auf Grund der magistratischen causae cognitio mit einem Entscheid des Magistrats selber (decretum, interdictum). Das Verfahren extra ordinem (Verfahren per cognitionem, nicht per formulam) dient der freien Gewalt des Magistrats (imperium) und bedeutet formell ein Verfahren im Verwaltungswege, im Gegensatz zu dem ordentlichen Procefs (mit Bestellung eines judicium), dem Verfahren im Rechtsweg. Während im ordentlichen Procefs der Magistrat mit seiner Zwangsgewalt grundsätzlich zurücktritt, und das ganze Verfahren mit einem Geschwornenurteil endigt, durch welches das Recht des Klägers lediglich in Form eines liquiden Geldanspruchs constatiert wird, so dafs es zur Herbeiführung der Vollstreckung einer zweiten Klage (der actio judicati) bedarf, ist das Verfahren extra ordinem von vornherein auf Entfaltung der magistratischen Zwangsgewalt (imperium) und auf Voll-

[1] Wörtlich bedeutet Verfahren extra ordinem das Verfahren „aufser der Reihe". Die extra ordinem zur Verhandlung kommenden Sachen waren an die echte Dingzeit (die Zeit des conventus, des rerum actus) und ebenso an die für die ordentlichen Sachen festzustellende Reihenfolge der Processe (ordo judiciorum) nicht gebunden: Hartmann-Ubbelohde (oben S. 134 Anm. 1) S. 387. 418 ff.

streckung des obrigkeitlichen Willens durch multae dictio, pignoris capio, missio in possessionem, physisches Eingreifen der Subalternen des Magistrats (manus militaris) u. s. f. angelegt. Das ordentliche Verfahren ist ein Verfahren mit der Macht des Rechts, das Verfahren extra ordinem ein Verfahren mit der frei waltenden Macht der Obrigkeit[2]).

Die Entscheidung des Magistrats im Verfahren extra ordinem heifst, wie schon bemerkt ist, decretum oder interdictum. Das Interdictenverfahren ist daher ursprünglich mit dem Verfahren im Verwaltungsweg, und das Interdict mit der Verwaltungsentscheidung des Magistrats identisch.

Zu den Sachen, welche der Prätor im Verwaltungswege (durch Interdict) erledigte, gehörten z. B. die Verhältnisse an öffentlichen Sachen (an öffentlichen Wegen, Flüssen u. s. w.), an den Göttern geweihten Sachen, wie Tempel, Altäre u. s. w. (res sacrae), an Begräbnisstätten (res religiosae), die Nachbarverhältnisse, Alimentenansprüche, Ansprüche wegen Vorenthaltung von Kindern oder Hausangehörigen, Streitigkeiten in Bausachen, Streitigkeiten zwischen dem ausziehenden Mieter und dem Vermieter u. s. f., kurz alle Sachen, bei denen ein öffentliches, polizeiliches Interesse überwog. Auch Besitzstreitigkeiten fielen unter diesen Gesichtspunkt, d. h. Streitigkeiten über thatsächliche Besitzhandlungen (nicht über das Recht), über Besitzstörung oder Besitzentziehung. Das öffentliche Interesse duldete nicht, dafs die thatsächlichen Besitzverhältnisse durch nackte Gewalt gestört oder aufgehoben wurden. Der Prätor schritt im Verwaltungswege ein (extra ordinem) und erkannte durch Interdict.

II. Interdictenverfahren im technischen Sinn. Die Entscheidung des Magistrats extra ordinem hörte in einer Reihe von Fällen bald auf, eine wirkliche Sachentscheidung zu sein. Das Thatsächliche des Falles zu untersuchen war dem Prätor oft unmöglich. Er begnügte sich daher, den Grundsatz auszusprechen, nach welchem der Fall sich schlichtete, d. h. die von ihm, dem Prätor, aufgestellte Verwaltungsnorm den Parteien zu publicieren.

Zum Beispiel: es hat jemand dem andern eine Sache zu

---

[2]) Vgl. A. Pernice in der Zeitschr. der Sav.-Stiftung Bd. 5 S. 29 ff.

Bittbesitz (precario), d. h. auf beliebigen Widerruf, eingeräumt. Weigert der Empfänger (der Precarist) nach erfolgtem Widerruf die Rückerstattung, so konnte man in solchem Fall den Prätor als Polizei- und Verwaltungsbehörde angehen und von ihm verlangen, daſs er extra ordinem (durch Interdict) vorläufig den früheren Besitz des precario dans wiederherstellte, ohne damit über die Rechtsfrage (wer Eigentümer sei u. s. w.) zu entscheiden. Ursprünglich wird der Prätor die Sache selber ihrem Thatbestande nach untersucht haben und erkannt haben: weil du, Beklagter, diese Sache precario von dem andern empfangen hast, so muſst du sie ihm zurückgeben. Aber nun wird es dem Prätor unmöglich, den Thatbestand wirklich festzustellen. Daher empfängt seine Entscheidung den ganz anderen Inhalt: was du, Beklagter, precario von dem anderen empfangen hast, das muſst du ihm zurückgeben (quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas, vgl. l. 2 pr. D. de precario 43, 26). Eine Entscheidung letzterer Art kann der Prätor ohne jede Untersuchung sofort abgeben, ja, er kann sie schon im voraus in seinem Album formulieren und publicieren. Aus der unbedingten ist eine bedingte Entscheidung, aus dem Interdict alten Stils eine abstracte Norm geworden, welche für diesen Fall nichts aussagt, welche nur die Regel giebt, nach welcher entschieden werden soll und nach welcher die Parteien sich zu richten haben, nicht aber die Entscheidung selbst. An Stelle eines Urteils wird den Parteien eine Vorschrift publiciert.

Eine solche Vorschrift, welche auf Antrag einer Partei in Verwaltungssachen vom Prätor den Parteien ausdrücklich zur Nachachtung publiciert wurde, heiſst jetzt interdictum im engeren und technischen Sinne. Interdictenverfahren ist jetzt dasjenige Verfahren extra ordinem, welches nicht mehr eine Entscheidung, sondern eine Vorschrift von dem Prätor erwirkt.

Aber die Parteien wollen doch zu einer Entscheidung gelangen: zu diesem Zweck ist im Anschluſs an das Interdictenverfahren ein weiteres Verfahren notwendig. Die Regel ist, daſs mit sponsio und restipulatio verfahren wird (vgl. S. 156), d. h. die Parteien versprechen sich gegenseitig eine Conventionalstrafe für den Fall, daſs sie der vom Prätor ihnen speciell gegebenen

Vorschrift (dem Interdict) zuwider gehandelt haben (oder zuwider handeln werden), bezw. für den Fall, daſs der Gegner mit Unrecht zur sponsio herausgefordert worden ist. Aus sponsio und restipulatio wird dann im Wege ordentlichen Civilprocesses Klage erhoben. Das Urteil in diesem Proceſs ist zugleich das Urteil für den Interdictenproceſs. Auf Grund des Urteils über die Conventionalstrafe kann nicht bloſs die Strafe, sondern auch die Befriedigung des Interdictenanspruchs im Wege eines arbitrium eingetrieben werden. Oder aber, es wird ohne sponsio und restipulatio, unmittelbar auf Grund des interdictum mit formula arbitraria auf Befriedigung des erhobenen Anspruchs (restituere oder exhibere) geklagt. Nur wo es sich nicht um positive Leistung des Gegners (restituere oder exhibere), sondern lediglich um ein Verbot (z. B. der Besitzstörung) handelt, wo also nur Einforderung einer Strafe wegen Verletzung des Verbots möglich ist, stellt selbstverständlich das Verfahren cum sponsione (und also cum poena) den einzig möglichen Weg dar.

Das Interdictenverfahren dient also jetzt nur dazu, um ein ordentliches Verfahren (mit judicium) vorzubereiten. Es ist dasjenige Verfahren, welches nicht nach einer Rechtsregel, sondern nach einer Verwaltungsnorm des Prätors entschieden werden will, und welches deshalb für jeden Einzelfall die Specialpublication der Verwaltungsnorm an die Parteien (das interdictum im formellen Sinn) erfordert. In Wirklichkeit liegt in diesem späteren Interdictenverfahren eine actio vor, welche nur in Bezug auf die Verhandlung in jure (zunächst Erlaſs der Vorschrift u. s. w.) von der einfachen actio sich unterscheidet. Im Justinianischen Recht ist jede Besonderheit des Interdictenverfahrens in Abgang gekommen. Das Interdict (die Vorschrift) wird nicht mehr für jeden Einzelfall publiciert, sondern gilt als ohne weiteres gemeinverbindlicher Rechtssatz, auf Grund dessen im gewöhnlichen Verfahren (welches aber jetzt extra ordinem vor sich geht, § 44) eine actio ex interdicto erhoben wird.

Gaj. Inst. IV § 139: Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit; quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut jubet aliquid fieri, aut fieri prohibet; formulae autem et verborum conceptiones,

quibus in ea re utitur, interdicta vocantur vel accuratius interdicta decretaque.

L. 2 pr. D. de precario (43, 26): Ait Praetor: QUOD PRECARIO AB ILLO HABES, AUT DOLO MALO FECISTI, UT DESINERES HABERE, QUA DE RE AGITUR, ID ILLI RESTITUAS.

L. 1 pr. D. uti possid. (43, 17): Ait Praetor: UTI EAS AEDES, QUIBUS DE AGITUR, NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS: QUOMINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO.

L. 1 pr. D. de liberis exhib. (43, 30): Ait Praetor: QUI QUAEVE IN POTESTATE LUCII TITII EST, SI IS EAVE APUD TE EST, DOLOVE MALO TUO FACTUM EST, QUOMINUS APUD TE ESSET, ITA EUM EAMVE EXHIBEAS.

III. Die in integrum restitutio ist die vom Magistrat kraft seines imperium gewährte Aufhebung eines von Rechts wegen eingetretenen Rechtsnachteils durch Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand) — also ein Schutz gegen das Recht (nicht wie die actio ein Schutz gegen das Unrecht), welcher durch die Unmöglichkeit, von Rechts wegen alle concreten Umstände im voraus zu berücksichtigen, notwendig wird. Das Recht muſs immer in gewissem Maſs generalisieren, d. h. von den concreten Umständen absehen. Es heiſst also z. B.: hast du einen Vertrag in rechtsgiltiger Form geschlossen, so muſst du ihn halten und kannst nicht wieder zurück. Von dieser Regel kann das Recht Ausnahmen machen, indem es gewisse concrete Umstände, welche die Anwendung jenes Grundsatzes unbillig machen würden, berücksichtigt. Es sagt z. B. das römische Civilrecht (lex Plaetoria, um 186 v. Chr.): auch wenn der Vertrag rechtsgiltig geschlossen war, braucht er ausnahmsweise doch nicht gehalten zu werden, wenn durch denselben ein Minderjähriger (minor XXV annis) betrügerisch übervorteilt worden ist (circumscriptus est). Oder es sagt der Prätor in seinem Edict, die Ausnahme der lex Plaetoria verallgemeinernd: überhaupt wenn jemand (sei er minor oder major XXV annis) betrügerisch übervorteilt ist, will ich ihn gegen die rechtlichen Folgen des Rechtsgeschäfts in Schutz nehmen (oben S. 123). So entsteht ein Ausnahmsrecht (jus singulare, vgl. oben S. 17), durch

welches das Recht concrete Umstände berücksichtigt, eine Selbstcorrectur des Rechts.

Aber diese Selbstcorrectur des Rechts reicht noch nicht aus, um Unbilligkeiten zu vermeiden. Es genügt nicht, daſs im Wege der Gesetzgebung (oder Quasigesetzgebung, wie im prätorischen Edict) eine allgemeine Regel durch andere gleichfalls abstract gehaltene Regeln beschränkt werde. Darum benützt der Prätor sein imperium, um das Recht kraft seiner souveränen Machtvollkommenheit für den concreten Einzelfall zu corrigieren: dies ist die in integrum restitutio. Durch Decret des Prätors wird auf Grund eigner prätorischer causae cognitio ein von Rechts wegen eingetretener Rechtsnachteil kraft des die concreten Umstände berücksichtigenden prätorischen Ermessens wieder aufgehoben. Bestand der Rechtsnachteil in dem Verlust eines Klagerechts z. B. durch Verjährung), so endigt das Restitutionsverfahren mit Erteilung der actio, d. h. der formula, und auf die in jure (von dem Prätor) erteilte Restitution folgt dann ein judicium, das sog. judicium rescissorium, d. h. die Untersuchung und Entscheidung über die restituierte Klage (actio restitutoria oder rescissoria). Das Restitutionsverfahren selbst (sog. judicium rescindens) wird immer vom Prätor selber geführt und beendigt.

Es gab zwei Classen von Restitutionsfällen:

1) Die restitutio minorum (XXV annis). Die Altersgrenze von 25 Jahren war zuerst von der vorhin genannten lex Plaetoria aufgestellt und mit Wirkung bekleidet worden (daher die Bezeichnung der Groſsjährigkeit als legitima aetas), indem die lex Plaetoria dem minor circumscriptus Schutz gegen das in betrügerischer Weise mit ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft gewährte. Der Prätor hatte dann durch sein Edict über den dolus denselben Schutz gegen Betrug auch dem Groſsjährigen gewährt (S. 123). Indem das prätorische Edict so praktisch die Bedeutung der Altersgrenze von 25 Jahren aufhob, stellte es dieselbe in einem anderen Sinne wieder her. Der Prätor verhieſs nämlich den Minderjährigen nicht bloſs im Fall des dolus, sondern schlechtweg seinen Schutz. Er erklärte in seinem Edict, jegliches mit einem Minderjährigen abgeschlossene Rechtsgeschäft darauf ansehen zu wollen, ob es aufrecht zu erhalten sei. Der Minder-

jährige hatte also Aussicht, nicht bloſs im Fall des Betrugs, sondern überhaupt, wenn der Erfolg des Rechtsgeschäfts zu seinen Ungunsten war, durch den Prätor die Wiederaufhebung des Rechtsgeschäfts (in integrum restitutio) zu erwirken. Daraus ging dann der allgemeine Grundsatz hervor, daſs, wenn ein Minderjähriger auf irgend eine Weise (sei es durch Rechtsgeschäft oder ohne Rechtsgeschäft) infolge seiner Minderjährigkeit zu Schaden gekommen sei, ihm in integrum restitutio gewährt werden müsse.

L. 1 § 1 D. de minor. (4, 4): Praetor edicit: QUOD CUM MINORE QUAM VIGINTI QUINQUE ANNIS NATU GESTUM ESSE DICETUR, UTI QUAEQUE RES ERIT, ANIMADVERTAM.

2) Die restitutio majorum (XXV annis). Unter Umständen kann auch für einen Groſsjährigen in integrum restitutio billig erscheinen. So namentlich im Fall seiner Abwesenheit (restitutio propter absentiam). Infolge seiner Abwesenheit war ihm z. B. eine Klage verjährt oder seine Sache von einem Dritten ersessen worden. Den Ausgangspunkt bildete hier der Fall der Kriegsgefangenschaft. Dann wurden der Abwesenheit infolge von Kriegsgefangenschaft andere Abwesenheitsfälle (z. B. rei publicae causa), schlieſslich alle begründeten Verhinderungsfälle gleichgestellt[3]). Wie die absentia, so kann auch Zwang (metus), Betrug (dolus), Irrtum (error) die in integrum restitutio für einen Groſsjährigen motivieren.

Der Minderjährige hat also eine allgemeine Restitutionsverheiſsung für sich: er braucht sich nur auf seine Minderjährigkeit zu berufen und darzuthun, daſs er infolge dieser seiner Minderjährigkeit in Schaden gekommen sei. Der Groſsjährige aber hat nur für einzelne Fälle Aussicht auf Restitution (absentia, metus, dolus, error) und muſs nachweisen, daſs in concreto ein solcher Einzelfall vorliegt.

---

[3]) Das Edict über die in integrum restitutio propter absentiam s. oben S. 53 a. E.

§ 44.

Der spätkaiserliche Procefs.

Die uralte Scheidung des ordentlichen Processes in jus und judicium hatte schon seit Ausbildung des Formularprocesses einen Teil ihrer ursprünglichen Bedeutung eingebüfst, da der judex durch das Mittel der formula in ein Werkzeug und Organ auch des vom Prätor gesetzten Rechts verwandelt worden war (oben S. 158). Das judicium empfing seine Normen durch dieselbe Macht, welche auch in jure regierte. Umgekehrt verlor der Prätor (und ebenso in den Provinzen die praesides provinciarum, welche hier die ordentliche Gerichtsbarkeit besafsen) seit der definitiven Redaction des Edicts durch Hadrian (oben S. 52) das jus edicendi alten Stils: der Prätor (und praeses) war an das geltende Civilrecht und das (kraft des kaiserlichen Willens festgestellte) Edict gebunden gleich dem judex. Die Verkündigung des Edicts durch den Prätor war nur noch eine Form. In Wahrheit war dem Prätor sein altes imperium genommen worden. Der Prätor ward zu einem blofsen Werkzeug der Rechtsanwendung gerade wie der judex, und zwar um so mehr, je mehr auf der einen Seite die Wissenschaft den Inhalt des geltenden Rechts entfaltete und klarstellte, auf der andern Seite das Kaisertum als Träger der Rechtsentwickelung alle übrigen Factoren verdrängte[1]).

So ward der judex zu einem Beamten und Gehilfen des Prätors, und ebenso der Prätor thatsächlich zu einem Beamten und Gehilfen des Kaisers. Seit Diokletian ging die Gerichtsbarkeit in Rom auch formell von dem Prätor auf einen kaiserlichen Beamten, den praefectus urbi, über. In den Provinzen wurden, unter Aufhebung des alten Gegensatzes von Senatsprovinzen und Kaiserprovinzen, die praesides provinciarum überall zu kaiserlichen Statthaltern. Über ihnen standen die praefecti praetorio mit ihren Vicaren, gleichfalls sämtlich Gerichtsbarkeit in des Kaisers Namen übend. An die Stelle der republikanischen Formen und Magistraturen trat endgiltig die Monarchie mit ihrem abhängigen Beamtentum. Die Grundlagen des alten Processes

---

[1]) Schultze, Privatr. u. Proc. S. 533 ff.

waren aufgehoben. Für das neu sich gestaltende Verfahren ward das Verfahren vor dem Kaiser vorbildlich. Seit Begründung des Principats konnte jede Rechtssache aus dem ganzen Reich an den Kaiser zur Entscheidung gebracht werden. Der Kaiser aber urteilte in allen Sachen, welche er an sich zog, ohne Bestellung eines Geschworenen, entweder selber oder durch einen von ihm delegierten Stellvertreter (z. B. den praetor urbanus oder einen praeses provinciae)[2]. Der kaiserlichen Gewalt gegenüber war die Beschränkung der magistratischen Befugnis, welche in der Nötigung zur Einsetzung eines judicium (judex privatus) lag, nicht vorhanden. Diese Art des Verfahrens ist von den kaiserlichen Beamten nachgeahmt worden. Wir sehen, dafs Ende des 3. Jahrhunderts die praesides provinciarum in Civilprocessen extra ordinem zu verfahren pflegten, d. h. entweder selber urteilten oder einen „Unterrichter" (judex pedaneus) an ihrer statt mit der ganzen Sache betrauten. Dieser Unterrichter (auch judex datus, judex delegatus genannt) ist nunmehr auch formell ein Beamter und Stellvertreter des Magistrats, und nicht mehr blofs, wie der alte judex privatus, mit dem Verfahren in judicio, sondern (und darum ohne formula) mit der ganzen Sache, auch mit dem

[2]) So delegierte Octavian alljährlich die „Appellationen" der hauptstädtischen Parteien dem praetor urbanus, vgl. Sueton. Octav. c. 33, und dazu J. Merkel, Abhandl. (oben S. 137 Anm.) Heft 2 S. 46 ff. — Mit der Delegation kann sich die Erteilung eines kaiserlichen Rescriptes an den judex delegatus verbinden (sog. Rescriptsprocefs). Das Rescript enthält die hypothetische Entscheidung des Rechtsfalls (si preces veritate nitantur). Mit der Erbittung des Rescripts (supplicatio, preces, libellus principi datus) verbinden sich die Wirkungen der litiscontestatio. So erscheint das Rescript gewissermafsen als ein Abbild der Formel im Extraordinärverfahren. Aber das Wesen der formula ist an erster Stelle die Formulierung, das Wesen des Rescripts an erster Stelle die Entscheidung des Rechtsstreits. Das Rescript will, dafs durch das Mittel des judex delegatus der Kaiser selber urteile; die formula will, dafs nicht der Prätor urteile (so sehr er auch durch die formula Einflufs auf den Inhalt des Urteils übt), sondern der bestellte Geschworene. Daher ist der Rescriptsprocefs Extraordinärprocefs, und der judex delegatus als solcher kein Privatmann, sondern Vertreter der kaiserlichen Vollgewalt. — Praescriptio subreptionis heifst der Einwand des Beklagten, dafs Kläger bei Erbittung des Rescripts Thatsachen verschwiegen, praescriptio obreptionis das Vorbringen, dafs Kläger unwahre Thatsachen behauptet habe.

Verfahren in jure, betraut. Das Verfahren vor diesem Unterbeamten ist ebenso wie das Verfahren vor dem praeses selber ein Verfahren extra ordinem. Diokletian hat diese Art des Procedierens genehmigt, aber den Provinzialstatthaltern eingeschärft, daſs sie grundsätzlich selber zu entscheiden und nur bei wirklicher Behinderung einen judex pedaneus mit der Sache zu beauftragen hätten[3]). Ein Gesetz des Kaisers Julian v. J. 362 (c. 5 C. de ped. jud. 3, 3) beschränkte die Delegationsbefugnis der Statthalter geradezu auf die negotia humiliora. Es versteht sich von selber, daſs das Vorgehen der kaiserlichen Beamten nicht bloſser Willkür, sondern einer Änderung, welche in der gemeinen Rechtsanschauung vor sich gegangen war, seinen Erfolg verdankte. Mit der Thatsache, daſs der Beamte an das geltende Recht gebunden war, weil er des alten imperium entbehrte, war der ursprünglichen Rechtsanschauung, welche in der Entscheidung des Magistrats kein Urteil im Rechtssinne sah, der Boden entzogen, und die alte Scheidung in jus und judicium ihres ursprünglichen Sinnes endgiltig beraubt worden. Der Unterschied von decretum und sententia bestand nicht mehr. Auch die Entscheidung des Magistrats (des Beamten) war zu einem Wahrspruch (sententia) geworden, dessen Kraft das Recht war, nicht mehr das imperium. Die Erteilung der formula ging im classischen Proceſs auf Antrag der klägerischen Partei, welche eine bestimmte formula vom Magistrat erbat (impetrare actionem), vor sich. Von diesem neuen Standpunkt aus schien es nicht mehr notwendig, zur Erbittung einer formula, und damit zur Erbittung eines judicium zu schreiten. Die Parteien kamen der Tendenz des Beamtentums entgegen. Es ward ohne impetratio actionis vorgegangen, und blieb dann also das ganze Verfahren vor dem angerufenen Beamten, um so mehr, weil in der Erbittung einer bestimmten formula eine Gefahr für den Kläger lag, wenn nicht genau die richtige formula erbeten oder bei Feststellung der formula im Wortlaut etwas versehen worden war. Zum Abschluſs kam diese ganze Entwickelung

---

[3]) Dies ist der Sinn von l. 2 C. de pedaneis judic. (3, 3). Vgl. A. Pernice in den Berliner Festgaben (oben S. 57 Anm. 4) S. 77 und in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 7 S. 103 ff.; Mommsen, Röm. Staatsrecht Bd. 2 Abt. 2 (2. Aufl.) S. 938.

erst durch zwei Kaiserconstitutionen des 4. und 5. Jahrhunderts, von denen die eine die „silbenstecherischen juris formulae“ verbot (l. 1 C. de formulis sublatis 2, 57 v. J. 342), die andere demgemäfs den Einwand des Beklagten, dafs vom Kläger keine actio impetriert (keine formula erbeten) worden sei, für unzulässig erklärte (l. 2 C. eod. v. J. 428). Auch hier war es eine allmähliche, spontan vordringende Entwickelung, welche, wie einst das Aufkommen, so jetzt den Untergang des Formularprocesses bewirkte.

So war denn formell jetzt der ganze Procefs ein Verfahren in jure (vor dem Magistrat oder seinem Stellvertreter) geworden, und stellte formell das Verfahren extra ordinem jetzt das ordentliche Verfahren dar. Materiell aber war ein Procefs geschaffen worden, welcher ausschliefslich der Rechtsanwendung diente, insofern also die Züge des alten judicium an sich trug.

Die Erteilung der formula fiel weg; als Litiscontestation galt jetzt der Akt, wo beide Parteien dem Beamten ihre Sache vorgetragen hatten (l. un. C. de lit. cont. 3, 9). Mit der formula ward die Notwendigkeit der Geldcondemnation und die damit zusammenhängende Enge noch des classischen Procefsverfahrens wegfällig (vgl. oben S. 168 ff.). Das Urteil konnte auf Naturalbefriedigung lauten, und weil der Beamte jetzt urteilte, konnte solchem Urteil auch die Naturalexecution (kraft öffentlicher Gewalt) nachfolgen. Mit der Naturalexecution entwickelte sich überhaupt die Specialexecution durch pignoris capio, welche nicht jedesmal den Umweg durch das ganze Vermögen des Schuldners machte, um den einzelnen Gläubiger zu befriedigen (oben S. 188). Andrerseits ward durch die Thatsache, dafs der Beamte urteilte, jetzt auch die volle Entfaltung des Appellationsverfahrens herbeigeführt, welches bestimmt war, an die Stelle der Entscheidung des niederen Beamten die des höheren Beamten, in letzter Instanz die des Kaisers selbst zu setzen (vgl. S. 137 Anm.).

Also eine gröfsere Formfreiheit und Beweglichkeit des Processes, insbesondere des Urteils- und Vollstreckungsverfahrens. Zugleich die Tendenz, durch das Mittel der Appellation an die kaiserliche Gewalt eine einheitliche Rechtsprechung für das ganze ungeheure Reich herbeizuführen[4]).

[4]) Näheres über den spätkaiserlichen Procefs bei v. Bethmann-Hollweg, Der Civilprocefs des gemeinen Rechts in geschichtl. Entwickelung Bd. 3

Mit der formula war zugleich das letzte formale Element alten Stils und die letzte Erinnerung an die alte Selbstherrlichkeit der Magistratur hinweggefallen. Der Richter ward zu einem richterlichen Beamten in unserem Sinne, der Procefs zu einem Verfahren blofs der Rechtsanwendung, das Urteil zu einem Urteil in des Kaisers Namen, der Centralgewalt dienend und von der Centralgewalt controliert. Mit einem Wort: mit dem spätkaiserlichen Procefs hatte der moderne Procefs seinen Anfang genommen [5]).

Zweites Capitel.

Sachenrecht.

§ 45.

Begriff der Sache.

Die Römer nannten res alles, was Vermögensbestandteil sein kann, und unterschieden in diesem Sinne zwischen res corporales, d. h. körperlichen Vermögensbestandteilen (Sachen in unserem Sinne) und res incorporales, d. h. unkörperlichen Vermögensbestandteilen (z. B. Erbrecht, Rechte an fremden Sachen, Forderungsrechte, Schulden). Wir gebrauchen das Wort „Sache" nur im engeren, technischen Sinn (für res corporales), und nennen im Rechtssinn Sachen die der menschlichen Herrschaft erreichbaren, als Ganzes selbständig existierenden körperlichen Dinge. Damit ist zugleich das Gebiet der Sachenrechte umschrieben. Der Sache ist wesentlich, Object des Privatrechts zu sein. An Nicht-Sachen (z. B. blofsen Sachteilen) giebt es kein Sachenrecht.

pr. I de reb. corp. (2, 2): Quaedam . . . res corporales sunt, quaedam incorporales. § 1: Corporales eae sunt, quae tangi pos-

(1866). Ueber einzelnes neuerdings A. Pernice in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 7 Heft 2 S. 129 ff.; Kipp, Die Litisdenuntiation (1887); Baron, Abhandl. aus dem röm. Civilproc. Bd. 3: Der Denuntiationsprocefs (1887).

[5]) Vgl. Schultze a. O. S. 562 ff.

440 :

sunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. § 2: Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in jure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est (veluti fundus, homo, pecunia), nam ipsum jus hereditatis et ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis incorporale est. § 3: Eodem numero sunt jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.

§ 46.

Arten der Sachen.

I. Gewisse Sachen sind durch Rechtssatz von der Fähigkeit, Object von Privatrechten zu sein, ausgeschlossen: die res extra commercium, nämlich:

a) Die res divini juris: die res sacrae (den Göttern geweihte Sachen, z. B. Tempel, Altar), die res sanctae (von den Göttern befriedete Sachen, z. B. die Stadtmauern Roms), die res religiosae (die den diis Manibus geweihten Sachen, d. h. die Begräbnisplätze). Vgl. oben S. 96 a. E.

b) Die res publicae, die öffentlichen Sachen. Ursprünglich zählte zu den res publicae alles Eigentum des populus Romanus (Staatseigentum). Was dem römischen Volk gehörte, stand aufserhalb des Privatrechts (S. 96). Erst die Entwickelung der juristischen Persönlichkeit (Privatpersönlichkeit) der Gemeinden, dann des Staates, hat bewirkt, dafs das werbende, der Finanzwirtschaft von Staat und Gemeinde dienende Vermögen in die Reihe der res privatae eintrat, an denen Eigentum und Verkehr nach den Rechtssätzen des Privatrechts möglich ist. Nach Justinianischem Recht sind daher res publicae im technischen Sinn nur noch die res publicae publico usui destinatae, d. h. diejenigen Sachen, welche dem Gemeingebrauch preisgegeben sind, an welchen daher ausschliefsliche Rechte einzelner nach Art des Privatrechts grundsätzlich nicht vorkommen, wie

z. B. öffentliche Wege, öffentliche Plätze, öffentliche Flüsse. Solche Sachen sind nach wie vor dem Privatrecht entzogene Sachen, res extra commercium.

c) Die res omnium communes: die freie Luft, die frei fließende Wasserwelle, das Meer mit seinem Bett. Hier handelt es sich um solche „Sachen“, welche im Rechtssinn vielmehr überall keine Sachen sind: die Atmosphäre der Erde, das Weltmeer und die freifließende Wasserwelle (aqua profluens) sind als solche der menschlichen Herrschaft unerreichbar.

Gaj. Inst. II § 3: Divini juris sunt veluti res sacrae et religiosae. § 4: Sacra sunt, quae diis superis consecratae sunt; religiosae, quae diis Manibus relictae sunt. § 5: Sed sacrum quidem hoc solum existimatur, quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatusconsulto facto. § 6: Religiosum vero nostra voluntate facimus, mortuum inferentes in locum nostrum, si modo ejus mortui funus ad nos pertineat. § 8: Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodammodo divini juris sunt. § 9: Quod autem divini juris est, id nullius in bonis est.

§ 1 I. de rer. div. (2, 1): Et quidem naturali jure communia sunt omnium haec: aër et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur: dum tamen a villis et monumentis et aedificiis abstineat. . . . § 2: Flumina autem omnia et portus publica sunt, ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque. § 3: Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit. § 4: Riparum quoque usus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis; itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare; sed proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in isdem natae eorundem sunt.

II. Unter den res in commercio, welche also sämtlich gleichermaßen fähig sind, im Eigentum zu stehen, treten folgende Unterschiede als rechtlich bedeutend hervor:

a) Res nullius sind Sachen, welche thatsächlich in niemandes Eigentum stehen, z. B. das Wild im Walde. Sie werden durch Occupation (unten § 51) zu Eigentum erworben.

b) Consumtible Sachen (res, quae usu minuuntur vel consumuntur) sind solche Sachen, welche durch Verbrauch gebraucht werden, z. B. Nahrungsmittel, Geld. An solchen Sachen ist kein Niefsbrauchsrecht möglich (vgl. unten § 56), weil der Niefsbraucher nur berechtigt ist, die Sache unter Erhaltung ihrer Substanz (salva rei substantia) zu gebrauchen.

Geld wird consumiert durch Ausgeben, auch durch Vermischung mit anderem Gelde, so dafs die Unterscheidung der einzelnen Stücke nach ihrer Herkunft nunmehr unmöglich ist. Hat also z. B. jemand fremdes Geld gegeben, um eine Schuld zu zahlen oder ein Darlehn zu gewähren, so macht nicht die Uebergabe (die Tradition), wohl aber nachfolgende Vermischung den Empfänger dennoch zum Eigentümer (si nummi mixti essent, nämlich mit anderem Gelde des Accipienten, ita ut discerni non possent, ejus fieri qui accepit, l. 7 D. de solut. 46, 3). Nach der Vermischung ist das fremde Geld als solches verschwunden und daher für den früheren Eigentümer nicht mehr da, sondern (wie wenn Nahrungsmittel consumiert wären) wirtschaftlich von dem Empfänger sich angeeignet worden. Auf Grund der unterliegenden Umstände kann aber solche Consumtion obligatorisch zur Rückerstattung verpflichten. Vgl. § 70 I a.

c) Fungible Sachen (res, quae pondere, numero mensurave constant), auch vertretbare Sachen genannt, sind solche Sachen, welche im Verkehr nicht als Individuen, sondern nur nach Quantität und Qualität auftreten, z. B. Geld, Wein, Getreide. Wo fungible Sachen geschuldet werden, wird im Zweifel nicht die Leistung einer bestimmten Species (individuell bestimmter Sachen), sondern nur die Leistung bestimmter Quantität und Qualität (generell bestimmter Sachen) geschuldet, weil für fungible Sachen der Satz gilt: tantundem ejusdem generis est idem. Ein Darlehn kann nur durch Hingabe von fungiblen Sachen contrahiert werden (unten § 66). Die fungiblen Sachen, welche man gewöhnlich als „vertretbare“ Sachen zu verdeutschen pflegt, könnten besser als darlehnsfähige Sachen bezeichnet werden.

d) Teilbare Sachen sind solche Sachen, welche ohne Wertminderung in mehrere Sachen zerlegt werden können. So z. B. regelmäfsig Grundstücke, ein Stück Tuch (nicht aber der Rock), ein Quantum Wein u. s. w. Die teilbare Sache wird im Teilungs-

proceſs vom Richter reell geteilt, d. h. in mehrere Sachen zerlegt, während bei unteilbaren Sachen zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft anderweitig verfahren werden muſs (unten S. 211).

Keine Sachteilung ist die sog. ideelle Teilung, welche vielmehr gemeinsame Berechtigung mehrerer mit Teilung des *Rechtes* an der Sache ist *ohne* Teilung der Sache. So z. B. beim Miteigentum.

III. *Geschichtlich* von hervorragender Bedeutung war die römische Einteilung der Sachen in *res mancipi* (mancipii) und *res nec mancipi* (mancipii)[1]), d. h. in mancipationsfähige und mancipationsunfähige Sachen. *Nur res mancipi* können durch das solenne Verkaufsgeschäft des alten Rechts (die mancipatio, vgl. § 10) mit den besonderen Wirkungen, welche ihm anhaften (Erwerb des vollen römischen, des sog. quiritarischen Eigentums einerseits, Begründung der Gewährleistungspflicht, der actio auctoritatis gegen den mancipio dans andrerseits), veräuſsert werden, und umgekehrt: die res mancipi kann *nur solenn*, durch einen Rechtsakt juris civilis (die mancipatio oder was ihr gleichsteht, vgl. unten § 49), nicht unfeierlich (durch einen bloſsen formlosen Rechtsakt juris gentium) erworben werden. Die res mancipi sind die *privilegierten* Sachen des altrömischen Rechts, die Sachen, welche als der Grundstock des bäuerlichen Vermögens und zugleich des Nationalvermögens gelten, deren Veräuſserung und Erwerb deshalb (weil den Staat interessierend) *Öffentlichkeit* und Mitwirkung des *Gemeinwesens* (sei es durch das Mittel der fünf Zeugen, sei es durch das Mittel der Obrigkeit) und, was für die alte Zeit als die Hauptsache gedacht werden mag, den *Ausschluſs der Ausländer* von dem Erwerb dieser Sachen notwendig macht. Von der Mancipation, überhaupt von den Rechtsgeschäften des eigentümlich römischen Civilrechts ist der Ausländer (Peregrine) als solcher *ausgeschlossen*. An „Mancipationssachen“ kann daher kein Ausländer Eigentum erwerben (es sei ihm denn durch Privileg das jus commercii verliehen worden, oben S. 106). Für die beweglichen res mancipi

[1]) Mancipium bedeutet Mancipation, oben S. 33; res mancipii also wörtlich „Mancipationssachen“.

begründet ihre Eigenschaft als solche eine Art Ausfuhrverbot. Die Thatsache, dafs der fundus Italicus (ursprünglich zweifellos nur der Grund und Boden im römischen Gebiet) res mancipi ist, bedeutet, dafs grundsätzlich nur der römische Bürger in Rom (dann in Italien) Grundeigentümer sein kann. Die res mancipi sind diejenigen Sachen, deren Veräufserung infolge des öffentlichen Interesses erschwert ist[2].

Res mancipi sind der fundus Italicus (Provinzialgrundstücke sind als im Eigentum des römischen Volks befindlich dem echten Privateigentum entzogen, vgl. § 51 II), die Rusticalservituten (Gerechtigkeiten, welche dem italischen Landgut zustehen, unten § 56), die Sklaven und die vierfüfsigen Zug- und Lasttiere. In dem Katalog der res mancipi sehen wir das altitalische Bauerngut mit seinen vornehmsten unbeweglichen und beweglichen Zubehörungen vor uns.

Gaj. Inst. II § 19: Res nec mancipii ipsa traditione pleno jure alterius fiunt. § 22: Mancipii vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipii res sunt dictae.

Ulp. tit. 19 § 1: Omnes res aut mancipii sunt aut nec mancipii. Mancipii res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item jura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus; item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipii sunt; elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipii sunt, quoniam bestiarum numero sunt. § 3: Mancipatio propria species alienationis est rerum mancipii.

§ 47.

Die Rechte an Sachen.

Sachenrechte (oder dingliche Rechte) sind diejenigen Privatrechte, welche ein unmittelbares Herrschaftsrecht über eine

[2]) Über den Zusammenhang der res mancipi mit der altrömischen Steuerverfassung vgl. W. Soltau, Über Entstehung und Zusammensetzung der altrömischen Volksversammlungen (1880) S. 424 ff.

Sache gewähren gegenüber jedermann. Mein Eigentum oder sonstiges Recht an der Sache muſs jeder respectieren, und vor mir zurückweichen, der nicht mir gegenüber zu einer Einwirkung auf die Sache berechtigt ist (etwa als Mieter oder als Nieſsbrauchsberechtigter).

Das vollste Recht an einer Sache ist das Eigentum. Dem Eigentum stehen die Rechte an fremder Sache (jura in re) gegenüber.

I. Das Eigentum.

§ 48.

Der Begriff des Eigentums.

Das Eigentum ist das seinem Inhalt nach unbeschränkte Recht der Herrschaft über eine Sache. Es unterscheidet sich von den Rechten an fremder Sache begrifflich dadurch, daſs es, so sehr es auch rechtlicher Beschränkungen fähig ist (z. B. durch Rechte anderer an der Sache), dennoch niemals durch seinen eigenen Inhalt beschränkt wird. Sobald daher rechtliche Schranken, welche dem Eigentum durch Rechte anderer oder durch öffentliche Vorschriften gesteckt waren, hinwegfallen, stellt das Eigentum sich immer von selber wieder als volle Herrschaft her.

§ 49.

Der Erwerb des Eigentums. Geschichtliche Einleitung.

Das vorjustinianische Recht über den Erwerb des Eigentums unterschied acquisitiones civiles und acquisitiones naturales.

1) Acquisitiones civiles waren die Erwerbsarten des jus civile, also die dem römischen Recht eigentümlichen Erwerbsarten. Sie hatten sämtlich gemeinsam: Öffentlichkeit und Feierlichkeit. Die Feierlichkeit äuſserte sich in den vorgeschriebenen Worten und Handlungen, die Öffentlichkeit darin, daſs das Gemeinwesen in irgend einer Weise beteiligt war, entweder durch fünf Zeugen (welche die fünf Classen des römischen Volks vertraten) oder

durch die Obrigkeit. Die civilen Erwerbsarten waren: 1) die mancipatio (der rechtsförmliche Kauf vor fünf Zeugen und einem libripens, vgl. oben S. 26. 27), und das damit zusammenhängende legatum, d. h. das feierliche Vermächtnis im Mancipationstestament (unten § 99); 2) die obrigkeitliche addictio (Zuspruch), sei es auf Grund des beklagtischen Geständnisses bei der in jure cessio (der Scheinvindication zum Zweck des Rechtserwerbes, oben S. 31), sei es auf Grund öffentlicher Versteigerung (z. B. der Kriegsbeute, venditio sub hasta), oder zum Zweck der assignatio (der obrigkeitlichen Anweisung von ager publicus), oder endlich in Form der adjudicatio (Zuspruch des Richters im Teilungsproceſs, unten § 50 III).

Acquisitiones naturales waren die Erwerbsgründe des jus gentium. Sie sind unfeierlich, unöffentlich und bewirken den Rechtserwerb regelmäſsig durch das Mittel des Besitzerwerbes. Die wichtigsten naturalen Erwerbsarten waren Tradition und Occupation.

Die Ergänzung dieser Erwerbsgründe war die Usucapion (Ersitzung), welche selber juris civilis ist, weil durch eigentümlich römische Rechtssätze ausgebildet (§ 51 II).

Der Unterschied der Erwerbsarten hing mit dem Unterschied der Sachen zusammen. Der Grundsatz lautete, daſs res mancipi (§ 46 III) nur durch civile Erwerbsart zu rechtem römischen Eigentum (dominium ex jure Quiritium) erworben werden konnten. Bloſse Tradition oder Occupation einer res mancipi gab nach Civilrecht kein Eigentum. Aber der Prätor trat (etwa gegen Ende der Republik) reformatorisch dem Civilrecht gegenüber. Er gab auch in dem Fall, daſs die res mancipi bloſs formlos verkauft (oder sonst veräuſsert) und tradiert war, dem Erwerber und gegenwärtigen Besitzer gegen die Eigentumsklage des Veräuſserers (der ja nach formellem Civilrecht Eigentümer, dominus ex jure Quiritium, geblieben war) eine exceptio rei venditae et traditae. Das dominium ex jure Quiritium, welches im Fall formloser Veräuſserung bei dem Veräuſserer zurückblieb, ward also durch den Prätor dem Erwerber gegenüber entwertet. Umgekehrt, wenn solchem Erwerber der res mancipi der Besitz abhanden kam, so hatte er zwar nach Civilrecht keine Eigentumsklage (denn er war ja nicht Eigentümer, wegen des bloſs formlosen Erwerbsakts); aber der

Prätor gab ihm die sog. actio Publiciana in rem (unten § 53), und gab ihm damit thatsächlich wesentlich dieselbe Vindicationsbefugnis, als wenn er der rechte Eigentümer wäre. Also: der Prätor setzte das Eigentum des Civilrechts (das quiritarische Eigentum) beiseite und stellte ihm thatsächlich ein anderes Eigentum, ein prätorisches Eigentum, gegenüber, welches zwar nicht formell zum Eigentümer machte, aber doch durch exceptio und actio die Sache thatsächlich dem Vermögen des Erwerbers einverleibte. Daher die Bezeichnung des prätorischen Eigentums als in bonis esse (sog. bonitarisches Eigentum). Dies bonitarische Eigentum kann auch an res mancipi durch naturale Erwerbsart erworben werden[1]).

Durch sein Edict verwandelte der Prätor also das Eigentum des alten Civilrechts in eine bloſse Form (nudum jus Quiritium). Der Unterschied der Sachen (ob res mancipi oder nec mancipi), und ebenso der Unterschied der Erwerbsarten (ob civiles oder naturales) war von prätorischen Rechts wegen beseitigt worden.

Für das Civilrecht aber blieben die alten Unterschiede bei Bestand, und das classische Recht ruht noch auf dem Gegensatz des dominium ex jure Quiritium und des in bonis esse. Erst Justinian hat hier den Abschluſs der Entwickelung herbeigeführt, indem er das quiritarische Eigentum aufhob und das prätorische Eigentum (dem thatsächlichen Verhältnis entsprechend) nun auch formell für die einzige Art des Eigentums erklärte, für welches natürlich jetzt allein die naturalen Erwerbsarten in Frage kamen. Es gab jetzt nur ein einziges Eigentum und ein einziges System von Erwerbsgründen, nicht aber des jus civile, sondern des jus gentium. Für dies Justinianische Eigentumserwerbsrecht ist nicht mehr ein formaler Gegensatz, sondern lediglich der sachlich begründete Gegensatz von derivativen und originären Erwerbsgründen von Bedeutung.

c. un. C. de nudo jure Quiritium tollendo (7, 25) (Justinian.): Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nu-

---

[1]) Damit war denn auch den Peregrinen der Eigentumserwerb an res mancipi zugänglich gemacht.

dum ex jure Quiritium vel tantummodo in bonis reperitur: quia nec hujusmodi esse volumus distinctionem, nec ex jure Quiritium nomen, quod nihil aenigmate discrepat, nec unquam videtur, neque in rebus apparet, sed est vacuum et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam veniunt legum audientiam, perterriti ex primis eorum cunabilis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt: sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sui, sive aliarum rerum ad se pertinentium.

§ 50.

Der Erwerb des Eigentums. Derivative Erwerbsgründe.

Sobald die Welt irdischer Güter vergeben ist, wird die vorwaltende Eigentumserwerbsart sein, dafs ich von einem anderen Eigentum erwerbe. Dieser andere ist mein Auctor. Ich succediere in sein Eigentum. Ich erwerbe das Eigentum nur dann, wenn mein Auctor wirklich Eigentümer war. Darin liegt das Wesen des derivativen Eigentumserwerbsgrundes.

Derivativer (abgeleiteter) Rechtserwerb ist ein Erwerb, welcher von der Berechtigung eines bestimmten anderen (des Auctors) abhängig ist. Die derivativen Eigentumserwerbsgründe des Justinianischen Rechts sind: Tradition, Vermächtnis, Adjudication.

I. Die Tradition ist die Besitzübertragung mit dem Willen der Eigentumsübertragung. Nicht durch blofse Willenseinigung (z. B. Kaufvertrag, Schenkungsversprechen), sondern erst durch thatsächliche Uebergabe des Besitzes wird das Eigentum (sei es an Grundstücken oder an beweglichen Sachen) nach römischem Recht erworben. Doch ist es nicht nötig, dafs der Wechsel des Besitzes körperlich sichtbar sei. Es giebt eine Tradition durch constitutum possessorium, d. h. durch die blofse Erklärung des Tradenten, die Sache nunmehr für den Erwerber innehaben zu wollen (vgl. unten § 54). Umgekehrt: wenn der Käufer bereits in der thatsächlichen Gewalt über die Sache sich befindet (z. B. als Mieter), so giebt es eine sog. brevi manu traditio, d. h. eine Tradition durch die blofse Erklärung des Tradenten, dafs der Erwerber die bereits innegehabte Sache nunmehr im eigenen Namen (als sein Eigentum) innehaben solle.

Sowohl in dem Fall des constitutum possessorium wie bei brevi manu traditio geht scheinbar durch bloſse Willenserklärung der Eigentumswechsel vor sich, aber nur deshalb, weil jene Willenserklärung nicht bloſs sagt, der andere solle nun Eigentümer sein, sondern zugleich eine Änderung der realen Machtverhältnisse über die Sache, d. h. eine Änderung der thatsächlichen Besitzverhältnisse, und erst durch das Mittel derselben die Änderung des Eigentums herbeiführt: der Mieter, welcher die Sache gekauft hat (brevi manu traditio), hat eine andere Gewalt über die Sache als zuvor. Ausnahmslos gilt der Satz, daſs der Eigentumserwerb durch Tradition nicht bloſs vertragsmäſsige Vereinbarung über den Übergang des Eigentums, sondern Vollziehung dieser Vereinbarung durch Uebertragung des thatsächlichen Besitzes (des juristischen Besitzes, unten § 54) fordert. Umgekehrt gilt selbstverständlich ebenso der Satz, daſs die bloſse Hingabe der Sache (z. B. zur Aufbewahrung, zum leihweisen Gebrauch) kein Eigentum überträgt und überhaupt keine Tradition im Rechtssinne ist. Damit die Übergabe der Sache Tradition im Rechtssinne sei, ist der Wille, Eigentum übertragen zu wollen, notwendig: ein Wille, welcher regelmäſsig in einem der Tradition voraufgehenden Rechtsgeschäft (sog. causa traditionis), z. B. im Kaufvertrag, seinen Ausdruck findet.

L. 20 pr. D. de A. R. D. (41, 1) (Ulpian.): Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit, nihil transfert.

L. 20 C. de pact. (2, 3) (Diocletian.): Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

L. 31 pr. D. de A. R. D. (41, 1) (Paulus): Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

II. Das Vermächtnis ist ein derivativer Eigentumserwerbsgrund, insofern der Testator durch letztwillige Verfügung seine Sache direct jemandem als Vermächtnis zu Eigentum zuwenden kann. Es bedarf einer Besitzergreifung vonseiten des Vermächtnisnehmers nicht; sobald vielmehr das Vermächtnisrecht geltend gemacht werden kann (dies legati venit), wird dem Le-

gatar unmittelbar (ipso jure), ohne dafs es einer Handlung vonseiten des Erben bedürfte, das Eigentum an der vom Testator ihm direct zu Eigentum vermachten Sache erworben, vorausgesetzt aber, dafs der Testator Eigentümer war oder doch über das Eigentum verfügen konnte (daher ein derivativer Erwerbsgrund). Vgl. unten § 102.

III. Die adjudicatio ist der Zuspruch des Richters im Teilungsverfahren. Durch das Teilungsverfahren soll (um die collidierenden Miteigentümer aus einander zu setzen) Miteigentum in Alleineigentum verwandelt werden: entweder dadurch, dafs die Sache reell geteilt, d. h. in mehrere Sachen zerlegt wird und jedem der bisherigen Miteigentümer Alleineigentum an einer der neuen Sachen zugesprochen wird[1]), oder dadurch, dafs einem der Miteigentümer die ganze Sache zu Alleineigentum zugesprochen wird, unter der Verpflichtung, die anderen Miteigentümer durch Geld zu entschädigen[2]). In beiden Fällen handelt es sich um Übertragung von Eigentum, nämlich um Übertragung des Miteigentums, soweit es den anderen condomini an derselben Sache zustand. Diese Übertragung, welche denjenigen, zu dessen Gunsten sie geschieht, jetzt in einen Alleineigentümer verwandelt, kann natürlich ohne Procefs geschehen (die Miteigentümer setzen sich selber aus einander); dann bedarf es der Tradition (gegenseitigen Besitzübertragung). Sie kann aber auch, wenn gütliche Vereinbarung nicht glückt, im Wege des Processes, eben des Teilungsverfahrens, erfolgen, und dann wird sie durch das Urteil des Richters, den Zuspruch, die adjudicatio, vollzogen, welche ohne Besitzübertragung die Eigentumsveränderung herbeiführt, vorausgesetzt dafs der Procefsgegner wirklich der Miteigentümer war. Die richterliche adjudicatio überträgt das Miteigentum des einen Procefsführenden auf den andern. Der Procefsgegner, dessen Eigentumsanrecht mir vom Richter zugesprochen wird, ist mein Auctor. Auch die adjudicatio ist ein derivativer Eigentumserwerbsgrund, abhängig von der Berechtigung dieses Auctors.

Es versteht sich von selber, dafs der Zuspruch im Teilungs-

---

[1]) Dies geschieht nur bei teilbaren Sachen, oben S. 203 a. E.

[2]) Dies geschieht bei unteilbaren Sachen.

verfahren (die adjudicatio) nicht zu verwechseln ist mit dem Urteil, welches im Eigentumsproceſs den Kläger als Eigentümer gegenüber dem beklagten Nichteigentümer (welcher die Sache dem Kläger vorenthalten hatte) anerkennt. Das Urteil im Eigentumsproceſs (rei vindicatio) hat nur declaratorische Kraft: es constatiert mein Eigentum, welches ich schon vorher hatte, und bewirkt nur, daſs der Beklagte von weiterer processualischer Anfechtung desselben ausgeschlossen ist (ich habe gegen ihn die exceptio rei judicatae, vgl. oben S. 187). Das Urteil im Teilungsproceſs dagegen, die adjudicatio, hat constitutive Kraft. Es bewirkt, daſs ich ein Eigentum erwerbe, welches ich früher nicht hatte, das Miteigentum des Gegners (des condominus), wodurch ich, da ich früher nur Miteigentümer war, jetzt Alleineigentümer werde. Die adjudicatio ist daher ein Erwerbsgrund des Eigentums neben der Tradition u. s. w., während das Urteil im Eigentumsproceſs (rei vindicatio) keinen Erwerbsgrund von Eigentum, sondern nur ein Schutzmittel für das anderweitig erworbene Eigentum bedeutet.

§ 7 I. de off. jud. (4, 17): Quod autem istis judiciis (divisoriis) alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est.

§ 51.

Der Erwerb des Eigentums. Originäre Erwerbsgründe.

Originäre Erwerbsgründe des Eigentums sind solche, welche die selbständige Schöpfung eines neuen Eigentums herbeiführen, welche daher in ihrer Wirkung von dem Eigentum eines bestimmten andern unabhängig sind. Wer originär erwirbt, hat keinen Auctor.

I. Die Occupation ist die ursprünglichste aller Eigentumserwerbsarten. Sie ist der Besitzerwerb an einer herrenlosen Sache mit dem Willen des Eigentumserwerbes. Res nullius occupanti cedit. Beispiele sind die Occupation von wilden Tieren, von Muscheln oder Steinen am Meeresstrand, von derelinquierten Sachen.

Die Dereliction ist das Gegenstück der Occupation. Sie ist die Besitzentäufserung mit dem Willen der Eigentumsentäufserung (so z. B. das Wegwerfen der Apfelsinenschale, nachdem die Apfelsine gegessen worden ist). Sie macht, sobald die Besitzentäufserung körperlich vollzogen ist, die Sache herrenlos.

Derelinquierte Sachen können daher von jedermann occupiert und so zu Eigentum erworben werden.

Von derelinquierten Sachen unterscheiden sich selbstverständlich verlorene Sachen, also solche Sachen, welche wider Willen abhanden gekommen sind. Hier ist nur der thatsächliche Besitz verloren, nicht das Eigentum. Die Sache ist nicht res nullius, sondern res alicujus, und daher nicht occupierbar. Der Finder wird nicht Eigentümer. Er ist vielmehr verpflichtet, für die Aufbewahrung und Erhaltung der Sache, sowie (soweit es ihm möglich ist) für die Rückerstattung derselben an ihren Eigentümer (z. B. durch Anmeldung bei der Polizei) zu sorgen.

Allerdings aber wird als herrenlos behandelt der Schatz, der sog. thesaurus. Schatz im Rechtssinn ist ein vor alters verborgenes Wertobject, dessen Eigentümer gegenwärtig unbekannt ist. Der Schatz fällt zur Hälfte an den Finder (den Occupanten), zur anderen Hälfte an den Grundeigentümer.

Nach römischem Recht war auch Feindesgut occupabel, sobald es auf römischen Boden gelangte; war es ins Feindesland zurückgebracht, so fiel es durch jus postliminii von selber an den früheren Eigentümer zurück. Ebenso umgekehrt (zu Gunsten der Römer) römisches Eigentum, welches aus den Händen der Feinde in römisches Gebiet zurückkehrte.

§ 12 I. de rer. div. (2, 1): Ferae igitur bestiae et volucres et pisces, id est omnia animalia, quae in terra, mari, caelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. Plane, qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is providerit, prohiberi, ne ingrediatur.

§ 18 eod.: Item lapilli, gemmae et cetera, quae in litore inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.

L. 31 § 1 D. de A. R. D. (41, 1) (PAULUS): Thensaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat. Sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit.

§ 39 I. de rer. div. (2, 1): Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus, naturalem aequitatem secutus, ei concessit, qui invenerit. . . . . At, si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit.

§ 17 eod.: Item ea, quae ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt; adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur, qui tamen, si evaserint nostram potestatem et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

II. Die Usucapion oder Ersitzung ist der Eigentumserwerb durch fortgesetzten Besitz.



Die Usucapion gehört zu den Selbstbeschränkungen, welche das Eigentum im Interesse seiner eigenen Sicherheit sich aufzuerlegen genötigt ist.

Alle Sicherheit würde aufhören, wenn das Eigentum unbeschränkt und durch alle Zeiten geltend gemacht werden könnte. Es muſs einen Moment geben, wo der frühere Eigentümer dem gegenwärtigen redlichen Erwerber gegenüber aufhört, Eigentümer zu sein, und der redliche Erwerber sich auch von Rechts wegen in den Eigentümer verwandelt. Diesen Moment bestimmt die Usucapion.

Noch ein anderer Umstand kommt hinzu. Wenn etwa der Eigentümer in den Fall kommt, sein Eigentum klageweise gegen einen Dritten geltend zu machen, so muſs er sein Eigentum beweisen. Nun hat er etwa die Sache von einem Vormann durch Kauf und Tradition erworben. Das genügt aber nicht zum Nachweis des Eigentums. Denn die Tradition ist ein derivativer Erwerbsgrund, und sein Vormann (sein Auctor) konnte ihn nur dann zum Eigentümer machen, wenn er (der Vormann) selber Eigentümer war. Also muſs ferner auch das Eigentum des Vormanns nachgewiesen werden. Nun hat aber dieser die Sache (denken wir z. B. an ein Haus) auch seinerseits durch Kauf und Tradition, also wiederum durch bloſs derivativen Erwerbsgrund erworben. So wird man auf den Vormann des Vormanns kommen, und so fort: eine unendliche Reihe thut sich auf, und es ist ein-

fach unmöglich, auf Grund des derivativen Titels zu einem Nachweis des Eigentums zu gelangen. Darum ist es nötig, dafs der derivative Titel durch einen originären ergänzt werde, und dieser originäre Titel ist die Usucapion. Es ist nicht nötig, dafs ich auf alle Vormänner zurückgehe. Es genügt, darzuthun, dafs die Sache redlich erworben, eine bestimmte Zeit hindurch besessen ist, dafs ich sie also jedenfalls usucapiert haben würde, falls ich durch die Tradition selbst noch nicht Eigentümer geworden wäre. Die Rechtssätze über Usucapion sind dazu bestimmt, die Wirkung des derivativen Titels (Tradition) nach bestimmter Zeit definitiv und von dem Recht der Vormänner unabhängig zu machen.

Um der Sicherheit sowohl wie um der Beweiskraft des Eigentums willen ist es also notwendig, dafs es eine Ersitzung gebe, dafs unter Umständen auch der an sich nicht berechtigte Besitz dennoch nach gewisser Länge der Zeit in Eigentum sich verwandle.

Schon das altrömische Recht hatte diese Wahrnehmung gemacht und kannte einen Eigentumserwerb durch Besitz (usus), welcher für unbewegliche Sachen die Zeit von zwei Jahren, für alle übrigen Sachen die Zeit von einem Jahre forderte. Diese usucapio der zwölf Tafeln war aber auf römische Bürger beschränkt (weil dem jus civile angehörig), und war ferner objectiv nur an denjenigen Sachen möglich, an denen es quiritarisches Eigentum geben konnte. So waren also sämtliche Provinzialgrundstücke der civilen Usucapion entzogen, denn am fundus provincialis gab es nach römischem Recht nur ein Eigentum des römischen Staats (populus Romanus), kein Privateigentum (dominium ex jure Quiritium). Dennoch bestanden selbstverständlich auch in den Provinzen thatsächlich Grundbesitzverhältnisse mit Kauf und Verkauf, Vererbung und Vermächtnis, kurz Verhältnisse, welche thatsächlich Privateigentum an Häusern, Gärten, Äckern bedeuteten. Einen Rechtsschutz gab es hier von römischen Civilrechts wegen nicht. Die Edicte der Statthalter (praesides) in den Provinzen waren es, welche hier eine Form des Rechtsschutzes einführten, nämlich die praescriptio longi temporis. Hatte jemand auf Grund rechtmäfsigen Erwerbes (justo titulo) und in gutem Glauben (bona fide) „lange Zeit“, nämlich 10 Jahre

inter praesentes (der Gegner war mit ihm in derselben Provinz domiciliert) oder 20 Jahre inter absentes (der Gegner war in einer anderen Provinz domiciliert) das Grundstück besessen, so brauchte er sich auf die Klage des früher etwa an dem Gute Berechtigten nicht einzulassen; er ward durch eine praescriptio (einen Vorbehalt zu seinen Gunsten, der an den Beginn der Formel gesetzt wurde, also dadurch formell von der exceptio sich unterschied) geschützt. Unter den gleichen Voraussetzungen ward ihm dann auch eine Klage (in rem actio) gegen jeden Dritten gegeben.

Justinian hat nun die civile usucapio und die amtsrechtliche longi temporis possessio zu einem einzigen Institut verschmolzen. Die longi temporis possessio ward die Ersitzung des Eigentums an Grundstücken (es ward also nun gleichgiltig, ob es sich um einen fundus Italicus oder um einen fundus provincialis handelte). Daneben blieb die Usucapion von Mobilien, für welche jedoch die alte einjährige Frist auf drei Jahre erstreckt wurde. Also: das Eigentum an Grundstücken wird nach Justinianischem Recht in 10 (inter praesentes) oder in 20 Jahren (inter absentes) ersessen; das Eigentum an Mobilien in drei Jahren. Es ist nicht nötig, daſs man selber die ganze Zeit hindurch den Besitz gehabt habe; man ist berechtigt, sich den Besitz seines Vorgängers, von dem man rechtmäſsig erworben, anzurechnen (sog. accessio possessionis). Weitere Voraussetzung ist, daſs man rechtmäſsig erworben habe (z. B. durch Tradition oder Vermächtnis), sog. justus titulus, und daſs man in gutem Glauben sei, also von der Rechtmäſsigkeit seines Besitzes überzeugt sei, sog. bona fides[1]. Die res extra commercium (oben S. 201) sind selbst-

[1]) Das Erfordernis der bona fides war bereits für die alte usucapio von der Jurisprudenz aufgestellt worden. Doch gab es eine usucapio auch ohne bona fides, so namentlich die usucapio pro herede (§ 97) und die usureceptio ex fiducia: der Schuldner, welcher eine Sache dem Gläubiger fiduciae causa mancipiert (§ 59 I 1), aber fehlerfrei (d. h. ohne Miete und Precarium) den Besitz behalten, bezw. zurückgewonnen hat, ersitzt das Eigentum an der Sache zurück auch ohne bona fides. Ist die Schuld gezahlt, so wird die Sache von ihm auch trotz Miete und Precarium zurückersessen. Weil das Erfordernis der bona fides nicht auf ausdrücklicher Gesetzesvorschrift, sondern auf bloſser interpretatio beruhte, so stand es bei derselben interpretatio, auch die Grenzen des von ihr aufgestellten Princips zu bestimmen. Die zwölf Tafeln selber setzten als Erfordernis der usucapio nur, daſs die

verständlich der Ersitzung entzogen: weil es überhaupt kein Eigentum an ihnen giebt. Andere Sachen sind, obgleich in commercio, doch durch positives Gesetz der Ersitzung entzogen worden (sog. res inhabiles). So die res furtivae nach den zwölf Tafeln und der lex Atinia, die res vi possessae nach der lex Julia et Plautia. Damit hängt die von Justinian eingeführte sog. *aufserordentliche Ersitzung* (longissimi temporis praescriptio) zusammen: ist die Sache kraft positiven Gesetzes der Ersitzung entzogen (res inhabilis), oder fehlt dem Besitzer der Titel, oder kann er den Titel vielleicht nicht mehr beweisen, so kann das Eigentum dennoch durch Besitz von *30 oder 40 Jahren* ersessen werden, vorausgesetzt dafs der Besitz *bona fide* erworben war; d. h. es genügt (falls bona fides vorhanden ist), dafs die Voraussetzungen der *Klagverjährung* erfüllt sind (oben S. 184). Ist der Besitz bona fide erworben, und dann die Eigentumsklage gegen den Besitzer verjährt, so soll derselbe nicht blofs die Einrede der Klagverjährung, sondern positiv das Eigentum an der Sache erworben haben, also im Fall des Besitzverlustes auch seinerseits gegen jeden Dritten klagberechtigt sein.

Das Gebiet der Ersitzung war im classischen römischen Recht ein doppeltes: einmal hatte sie die Aufgabe, den bonitarischen Eigentümer in einen quiritarischen zu verwandeln, also den Rechtserwerb zu ergänzen, gerade auch in dem Fall, wenn man vom *Eigentümer* erworben hatte (der formlose Erwerb einer res mancipi gab erst auf Grund der Usucapion nach Ablauf von 1 bezw. 2 Jahren quiritarisches Eigentum); zum andern diente sie dem Eigentumserwerb dessen, welcher vom *Nichteigentümer* gutgläubig erworben hatte. Dort war es die mangelnde Form des Titels, hier war es die mangelnde Berechtigung des Auctors, was die Ersitzung notwendig machte. Im Justinianischen Recht ist der Gegensatz des bonitarischen und des quiritarischen Eigentums, und zugleich damit der Gegensatz des Erwerbsgrundes, ob

---

Sache nicht gestohlen war. — Die usureceptio ex fiducia vollendete sich ebenso wie die usucapio pro herede auch an Grundstücken in *einem* Jahr. Wie die „Erbschaftssache“, so ward auch die „fiducia“ (die fiduciae causa mancipierte Sache) als solche zu den „ceterae res“ gezählt, für welche die zwölf Tafeln nur einjährige Ersitzungszeit forderten.

formfrei (juris gentium) oder formbedürftig (juris civilis) hinweggefallen. Jeder Erwerbsgrund giebt volles Eigentum, sofern nur (beim derivativen Titel) der Auctor wirklich Eigentümer war. Es giebt daher jetzt im Fall des Erwerbs vom Eigentümer keine Ersitzung mehr, und ist nur die zweite Function der Ersitzung übrig geblieben: den, welcher vom Nichteigentümer erwarb, dennoch nach gewisser Zeit zum Eigentümer zu machen.

pr. I. de usuc. (2, 6): Jure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione aliave qua justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Ed ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis usucapiantur: et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominium rerum, justa causa possessionis praecedente, adquiratur.

§ 1 eod.: Sed aliquando, etiam si maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit: veluti si quis liberum hominem vel rem sacram vel religiosam vel servum fugitivum possideat.

§ 2 eod.: Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt: nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem; vi possessarum lex Julia et Plautia.

III. Accession nennt man eine Sache, welche vorher selbständig existierte, nunmehr aber integrierender Bestandteil einer andern geworden ist, z. B. eine Pflanze, die ich in mein Grundstück einpflanze. Die Sache, welche Accession geworden ist, hat aufgehört selbständig zu existieren. Es giebt aber ein Eigentum nur an selbständigen Sachen, nicht an Sachteilen (oben S. 200). Daher, wenn die Sache Accession geworden ist, so ist mit ihrer selbständigen Existenz auch das frühere Eigen-

tum, welches an ihr bestand, untergegangen. Ich, dem die Hauptsache (die Sache, in welcher die andere aufgegangen ist) gehört, bin jetzt jedenfalls auch Eigentümer der Accession (z. B. der Pflanze), sollte dieselbe auch vorher einem andern zu Eigentum gehört haben; denn diese Accession ist jetzt ein ununterscheidbarer Bestandteil meiner Sache geworden und wird daher mit Rechtsnotwendigkeit von meinem Eigentum an dieser Sache mitergriffen (wobei meine Pflicht, den früheren Eigentümer zu entschädigen, vorbehalten bleibt). In diesem Sinne ist die Accession ein Eigentumserwerbsgrund, und zwar ein originärer, weil es gleichgiltig ist, wem vor der Verbindung etwa das Eigentum an der Accession zugestanden haben mag.

Beispiele der Accession sind: die implantatio, die inaedificatio (das Haus als Ganzes ist Accession des Grund und Bodens), die alluvio (die unmerkliche Anschwemmung, durch welche der öffentliche Flufs ein Grundstück vergröfsert), die avulsio (die merkliche Anschwemmung: der öffentliche Flufs hat ein gröfseres Stück von einem höher liegenden Grundstück abgerissen und an mein Grundstück angeschwemmt: sobald es mit meinem Grundstück verwachsen ist, habe ich als an einer Accession Eigentum daran erworben), der alveus derelictus (der öffentliche Flufs hat sein Bett verändert: das freigewordene Flufsbett fällt den Anliegern auf beiden Seiten als Accession zu, jedem bis in die Mitte des Flufsbetts), die insula nata (teilweises Freiwerden des öffentlichen Flufsbettes: es gilt das gleiche wie beim alveus derelictus).

§ 20 I. de rer. div. (2, 1): Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intellegere non possis, quantum quoquo momento temporis adjiciatur. § 21: Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et vicini praedio appulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo vicini haeserit, arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse.

§ 22 eod.: Insula, quae in mari natā est (quod raro accidit) occupantis fit, nullius enim esse creditur; at in flumine nata (quod frequenter accidit) si quidem mediam partem fluminis teneat, com-

munis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quae latitudo prope ripam sit. Quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.

§ 23 eod.: Quod si, naturali alveo in universum derelicto, alia parte fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus praedia possident; pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quae latitudo prope ripam sit.

§ 29 eod.: Cum in suo solo aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit.

§ 31 eod.: Si Titius alienam plantam in suo solo posuerit, ipsius erit, et ex diverso, si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit, si modo utroque casu radices egerit.

§ 33 eod.: Litterae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, acsi solo cedere solent ea, quae inaedificantur aut inseruntur.

§ 34 eod.: Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam picturae cedere; aliis videtur, picturam, qualiscumque sit, tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere.

IV. Specification ist die Sachverarbeitung (z. B. in der Bäckerei, in der Tischlerei, in der Kelterei, in der Fabrik). Aus dem Rohstoff wird ein Arbeitserzeugnis, regelmäfsig höheren wirtschaftlichen Wertes, hergestellt. Eine Neuschöpfung ist durch die Arbeit vor sich gegangen. Um dieser wirtschaftlichen Productionskraft willen soll der Arbeit dann auch das Arbeitsproduct zufallen: der Specificant (der Fabrikant), d. h. derjenige, welcher selber oder durch andere das neue Product hergestellt hat (der Arbeitsunternehmer), erwirbt an der specificierten Sache Eigentum, ohne Rücksicht darauf, wer früher Eigentümer war (also originär), falls er in bona fide war und (nach einer positiven Bestimmung Justinians) falls die frühere Gestalt der Sache nicht wieder hergestellt werden kann. Die Beschränkungen fallen fort, wenn dem Specificanten ein Teil des Stoffes gehört hat.

§ 25 I. de rer. div. (2, 1): Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit: ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit aut ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit. . . . Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intellegi dominum, qui fecerit. Ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris, vel argenti, vel auri reduci, vinum autem, aut oleum, aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest. . . . Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiae praestavit.

V. Früchte sind diejenigen Erzeugnisse einer Sache, in deren Hervorbringung der Wert der Sache besteht, z. B. Milch von der Kuh, Junge von Tieren, Feldfrüchte, Gartenfrüchte. An den Früchten kann unter Umständen ein anderer Eigentum erwerben als der Eigentümer der Hauptsache, z. B. der Pächter, der Niefsbrauchsberechtigte, auch der gutgläubige Besitzer. Wer in gutem Glauben eine fremde Sache besitzt, erwirbt dennoch die Früchte dieser Sache zu Eigentum, braucht auch, wenn später der Eigentümer der Sache klagend gegen ihn auftritt, die bereits in gutem Glauben consumierten Früchte nicht heraus zu geben, sondern restituiert aufser der Hauptsache nur die im Moment der Klagerhebung noch vorhandenen Früchte. Nach Beginn des Processes aber ist ihm bewufst, dafs er möglicherweise eine fremde Sache besitzt. Vom Augenblick der litis contestatio an hat er darum positive Sorgfalt (omnis diligentia) auf die Fruchtziehung zu wenden: er hat dem Kläger, falls dieser als Eigentümer den Procefs gewinnt, alle während des Processes gezogenen Früchte (fructus percepti) herauszugeben und aufserdem noch Schadensersatz zu leisten, falls er mehr Früchte hätte ziehen können (sog. fructus percipiendi).

§ 35 I. de rer. div. (2, 1): Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qua justa causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. Et ideo, si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero, qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

§ 36 eod.: Is, ad quem usustructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si eos ipse perceperit. . . . Eadem fere et de colono dicuntur.

§ 52.

Der Schutz des Eigentums.

Der Eigentümer hat zum Schutz seines Eigentums zwei Klagen: die rei vindicatio und die actio negatoria.

I. Die rei vindicatio ist die Klage, welche der Eigentümer gebraucht, falls ein Dritter im Besitz sich befindet (ubi rem meam invenio, ibi vindico). Sie ist also die Klage des nicht besitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer. Hat der Beklagte ein Recht in Bezug auf die Sache, welches ihn befugt, die Sache dem Eigentümer vorzuenthalten (z. B. ein Pfandrecht oder ein Nießbrauchsrecht oder das Recht des Mieters), so wird es im Wege der exceptio geschützt; sonst muß er die Sache mit allem Zuwachs (cum omni causa) dem vindicierenden Eigentümer restituieren[1]).

II. Die actio negatoria ist die Klage des Eigentümers gegen bloße Störung des Besitzes, also (regelmäßig) die Klage des besitzenden Eigentümers zur Aufrechterhaltung der Integrität seines Besitzes. Beklagter ist, wer den Besitz des Eigentümers gestört hat. Er muß die Störung unterlassen und dem Eigentümer allen Schaden ersetzen.

---

[1]) Daher die soeben § 51 a. E. besprochene Haftung des bonae fidei possessor auch für Restitution der Früchte. Der malae fidei possessor haftet noch strenger: er hat, weil er wissentlich die fremde Sache besitzt, für die ganze Dauer seines Besitzes (also schon vor der litis contestatio) für fructus percipiendi einzustehen. Vgl. oben S. 173 Anm. 4.

§ 53.

Der Schutz des Ersitzungsbesitzes.

Usucapiert jemand eine fremde Sache, so hat er nach Vollendung der Usucapion die rei vindicatio und die actio negatoria des Eigentümers, da er ja durch die Usucapion Eigentum erworben hat. Aber der Prätor will den Usucapienten schon schützen vor Vollendung der Usucapion. Zu diesem Zweck hat er die actio Publiciana in rem eingeführt. Sie ist eine Eigentumsklage, welche unter der Fiction gegeben wird, daſs die Ersitzungsfrist bereits abgelaufen sei, d. h. die Klage ist demjenigen Besitzer zuständig, welchem zum Erwerb des Eigentums nur noch der Ablauf der Zeit fehlt (vgl. oben S. 161). So hat der Usucapionsbesitzer im praktischen Erfolg die Eigentumsklage (in der Form der Publiciana actio) schon vor dem Erwerb des Eigentums; auch die actio negatoria wird ihm in gleicher Weise gegeben. Weil aber der Kläger hier doch noch nicht wirklicher Eigentümer ist, so ist in zweierlei Hinsicht die Publiciana schwächer, als die echte Eigentumsklage. Nämlich 1) der wahre Eigentümer, welcher etwa jetzt im Besitz der Sache sich befindet oder jetzt den Usucapionsbesitzer im Besitz der Sache stört, hat gegen die actio Publiciana die exceptio dominii, kann also nicht verurteilt werden; 2) ist der Beklagte gleichfalls im Ersitzungsbesitz befindlich (und usucapiert also dieselbe Sache, welche der Kläger früher in Usucapionsbesitz gehabt und dann etwa verloren hat), so dringt der Kläger nur durch, falls Beklagter von demselben Auctor wie der Kläger, und zwar später als der Kläger, erworben hatte; hat der Beklagte aber von einem anderen Auctor erworben, oder zwar von demselben Auctor, jedoch früher als der Kläger, so ist er gleichfalls durch exceptio geschützt und wird freigesprochen.

Im übrigen aber ist der Erfolg der Publiciana actio der gleiche wie bei der echten Eigentumsklage. Die Publiciana in rem actio fungiert also als rei vindicatio im Fall vorenthaltenen Besitzes (und an die Publiciana in diesem Anwendungsfall pflegt man zunächst zu denken, wenn ohne weiteren Zusatz von Publiciana actio die Rede ist); andererseits fungiert sie als sog. Publiciana negatoria actio im Fall bloſs gestörten Besitzes.

Der Zweck der Publiciana actio ist nicht, dem Eigentümer seine Sache durch den Usucapionsbesitzer wegnehmen zu lassen (deshalb hat der Eigentümer exceptio dominii), sondern vielmehr, den Usucapionsbesitzer gegen den schlechter Berechtigten zu schützen. Ja, sie vermag noch mehr zu leisten! Der Eigentümer selber kann, falls er wegen Besitzentziehung oder Besitzstörung zu klagen genötigt ist, die Publiciana gebrauchen. Warum? Weil er von seinem Eigentum absehen und geltend machen kann, dafs auf jeden Fall die Voraussetzungen des Usucapionsbesitzes in seiner Person erfüllt sind. Er hat ja auch die Sache gekauft oder sonstwie rechtlich erworben. Er ist ja auch in bona fide. Das genügt völlig, um die Publiciana zu begründen und den Gegner, welcher an der Sache kein Recht hat, zu überwinden. Der formalen Eigentumsklage und des Beweises bereits voll erworbenen Eigentums bedarf es nicht.

Mit der letzten Bemerkung sind wir in das Gebiet eingetreten, welches die Publiciana im praktischen Leben vornehmlich beherrscht. Im thatsächlichen Erfolg, d. h. in der weitaus gröfsten Zahl der Fälle, ist die Publiciana die Klage des Eigentümers, aber eine Klage, welche er in der Rolle eines Usucapionsbesitzers anstellt. Die Rechtssätze über Schutz des Usucapionsbesitzes sind in ihrem letzten Ziel dazu bestimmt, dem Eigentum eine zweite Reihe von Schutzmitteln zu gewähren, und zwar unter leichteren Bedingungen, als sie für die formalen und eigentlichen Eigentumsklagen zu erfüllen sind. Schon im römischen Recht ist dies letzte Ziel der Publiciana deutlich ausgesprochen. Sie dient nicht blofs dem Usucapionsbesitzer, welcher a non domino erworben hatte, sondern ebenso auch dem bonitarischen Eigentümer, welcher a domino (aber eine res mancipi durch blofse Tradition) erworben hatte: weil ja auch dieser in Bezug auf das quiritarische Eigentum Usucapionsbesitzer war (vgl. oben S. 217). Sie war also im römischen Recht sogar formell als Eigentumsklage in Anwendung, als eine Eigentumsklage nämlich im Dienste des bonitarischen Eigentums.

Gaj. Inst. IV § 36: Datur autem haec actio (Publiciana) ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam EX JURE QUIRITIUM SUAM ESSE intendere, fingitur rem usucepisse, et ita, quasi ex jure Quiri-

tium dominus factus esset, intendit, veluti hoc modo: JUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT, ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSE OPORTERET, et reliqua.

§ 4 I. de act. (4, 6): Quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est.

L. 17 D. de Publ. act. (6, 2) (NERATIUS): Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur (ejusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio SI EA RES POSSESSORIS NON SIT), sed ut is, qui bona fide emit, possessionemque ejus ex ea causa nactus est, potius rem habeat.

§ 54.

Der Schutz des juristischen Besitzes. — Besitz und Eigentum.

Vom Eigentum unterscheidet sich der Besitz. Das Eigentum ist die rechtliche, der Besitz aber nur die thatsächliche Herrschaft über eine Sache. Der Besitz ist die Ausübung des Eigentums, und im allgemeinen ist die Idee des Rechts, dafs der Eigentümer auch zugleich Besitzer sein soll. Daher der gewöhnliche Sprachgebrauch, welcher Eigentum und Besitz mit einander identificiert. Dennoch sind Eigentum und Besitz begrifflich von einander zu trennen. Das Eigentum kann man haben ohne den Besitz, den Besitz kann man haben ohne das Eigentum (z. B. im Fall des Diebstahls). Der Besitz ist begrifflich das Gegenteil des Eigentums, wie das factum begrifflich das Gegenteil des jus.

Nun ist aber klar, dafs der Besitz, die thatsächliche Herrschaft über die Sache, sehr verschiedener Art sein kann.

Entweder: ich habe die Sache zwar in meinen Händen und habe sie vielleicht in meinem eigenen Interesse (z. B. das Buch, welches ich geliehen habe), aber ich erkenne einen anderen als den eigentlichen Herrn der Sache an (den Verleiher des Buchs), und will, indem ich die Sache aufbewahre oder sonst auf sie einwirke, nicht blofs mir, sondern zugleich dem andern die Sache erhalten. In diesem Fall habe ich blofs das corpus

des Besitzes, d. h. das Äuſserliche des Besitzes. Es fehlt mir der animus des Besitzes, nämlich der mit dem körperlichen Verhältnis sich deckende Wille. Ich will, obgleich ich die Sache in meinen Händen habe, sie doch nicht für mich allein haben, sondern sie in letzter Instanz für einen andern haben. Es fehlt hier dem Inhaber der animus rem sibi habendi. Er hat vielmehr den animus rem alteri habendi. In diesem Fall spricht man von bloſser Detention. Der Detentor (z. B. der Leiher, Mieter, Pächter, Depositar, Mandatar) besitzt die Sache in Unterordnung unter einen anderen. Er ist der Stellvertreter dieses anderen im Besitz: dieser andere (der Verleiher, Vermieter u. s. w.) besitzt durch den Detentor.

Oder: ich habe die Sache in meinen Händen und will sie zugleich für mich allein haben, z. B. weil ich Eigentümer bin oder mich wenigstens für den Eigentümer halte, oder auch etwa obgleich ich weiſs, daſs ich nicht Eigentümer bin: weil ich nämlich den entschiedenen Willen habe, die Sache dennoch für mich allein zu haben (so der Dieb, welcher in Bezug auf sein thatsächliches Verhalten zur Sache vom Eigentümer nicht zu unterscheiden ist). In diesem Fall habe ich nicht bloſs das corpus, sondern auch den animus des Besitzes, nämlich den mit dem körperlichen Verhältnis sich deckenden Willen. Ich habe die Sache nicht bloſs in Händen, sondern will sie auch für mich allein haben (animus rem sibi habendi, von den Neueren animus domini genannt). Ich habe die Sache wie ein Eigentümer (Alleinherrscher) der Sache, mag ich nun wirklich Eigentum haben oder nicht, und mag ich im letzteren Fall von meinem Nichteigentum Kenntnis haben (Dieb) oder nicht (bonae fidei possessor, Usucapionsbesitzer).

Die zuletzt geschilderte Art des Besitzes wird technisch juristischer Besitz genannt. Den juristischen Besitz machen also zwei Momente aus: 1) corpus (Detention), die thatsächliche Herrschaft über die Sache (sei es daſs man das corpus in eigener Person habe, oder durch das Mittel eines Detentors, z. B. des Entleihers, Pächters u. s. w.); 2) animus (domini), der Wille, die Sache für sich allein zu haben. Ist die Sache einem anderen zu bloſser Detention übergeben (z. B. Leihe, Pacht, Mandat u. s. w.), so hat der directe Inhaber des corpus (der

Entleiher u. s. w.) bloſs Detention, der indirecte Inhaber des corpus aber (Verleiher, Verpächter, Mandant u. s. w.) den juristischen Besitz.

Der juristische Besitz erzeugt bestimmte Rechtsmittel (und daher führt er seinen Namen), welche um seines Schutzes willen gegeben werden: die sog. possessorischen Interdicte; nämlich (nach Justinianischem Recht):

1) Das interdictum uti possidetis, ein interdictum retinendae possessionis, welches zur Erhaltung des gegenwärtigen juristischen Besitzes dient. Der juristische Besitzer bedient sich desselben im Fall einer bloſsen Störung seines Besitzes. Er verlangt mit demselben Anerkennung seines Besitzes, Unterlassung der Störung und Schadensersatz für die begangene Störung. Als juristischer Besitzer gilt aber für dies Interdict nur, wer seinen juristischen Besitz nec vi nec clam nec precario ab adversario erworben hat[1]). Wer gewaltthätig (vi) oder heimlich (clam, den Widerspruch des Gegners voraussehend und durch Heimlichkeit ihm entgehend) oder bittweise (precario, auf beliebigen Widerruf, ohne Rechtsgeschäft mit dem Verleiher) den juristischen Besitz von dem Proceſsgegner erworben hat, wird in diesem Besitzproceſs nicht als juristischer Besitzer geachtet, vielmehr gilt sein Proceſsgegner (von welchem er vi, clam,

---

[1]) Nach vorjustinianischem Recht galt das interdictum uti possidetis nur für Immobilien; für Mobilien galt ein anderes interdictum retinendae possessionis: das interdictum utrubi. Mit dem interdictum uti possidetis (Immobilien) siegte, wer gegenwärtig (im Moment der Erteilung des Interdictes durch den Prätor) nec vi nec clam nec precario ab adversario besaſs; mit dem interd. utrubi (Mobilien) dagegen siegte, wer im Lauf des letzten Jahres (vor der Erteilung des Interdictes) am längsten nec vi nec clam nec precario ab adversario besessen hatte (dabei war man berechtigt, die Besitzzeit seines Auctors sich anzurechnen, sog. accessio possessionis, vgl. oben S. 216). Durch die Praxis des oströmischen Reichs sind jedoch die Grundsätze des Uti possidetis auf das Utrubi erstreckt worden (utriusque interdicti potestas exaequata est), eine Praxis, welche durch das Corpus Juris Justinians ihre Bestätigung gefunden hat (§ 4 I. 4, 15; l. 1 § 1 D. 43, 31). Damit ist das interdictum uti possidetis sachlich auch auf Mobilien erstreckt worden, so daſs also jetzt auch für den Besitzstreit um bewegliche Sachen lediglich der Besitzstand im Moment des Processes (nämlich im Moment der Litiscontestation, weil die alte Erteilung des Interdictes weggefallen ist, S. 192) entscheidet. Vgl. Fitting in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 11 S. 441.

15*

precario erwarb) als juristischer Besitzer, und dem letzteren muſs der Besitz der Sache herausgegeben werden. So kann also (wenn der besitzende Kläger wegen Besitzstörung mit dem interdictum uti possidetis gegen denjenigen klagt, von welchem er den juristischen Besitz vi, clam oder precario erworben hatte) der Kläger zur Herausgabe des Besitzes an den Beklagten verurteilt werden. In diesem Sinne sagt man, daſs das interdictum uti possidetis ein interdictum duplex sei (der Befehl des Prätors richtete sich an beide Teile), und daſs die Klage ex interdicto uti possidetis (im Justinianischen Proceſs giebt es kein formelles Interdict mehr, S. 192) zu den judicia duplicia (den zweischneidigen Klagen) gehöre: nicht bloſs der Beklagte, sondern auch der Kläger kann verurteilt werden (beide Teile haben zugleich Kläger- und Beklagtenrolle)[2].

2) Das interdictum unde vi und das interdictum de precario. Diese beiden Rechtsmittel sind interdicta recuperandae possessionis. Sie dienen zur Wiedererlangung eines verloren gegangenen juristischen Besitzes, und zwar das interdictum unde vi im Fall gewaltthätiger Besitzentziehung (durch körperliche Gewalt, Dejection), das interdictum de precario im Fall der Besitzentziehung durch Gebrauchsüberlassung ohne bestimmte Restitutionsberedung, d. h. ohne Rechtsgeschäft[3]). Das inter-

[2]) Judicia duplicia sind auſserdem die Teilungsklagen, unten § 70.

[3]) Der Mangel des Vertragsschlusses begründet den Unterschied zwischen Precarium einerseits, Miete und Commodat andererseits. Auch wenn beim Precarium Abreden getroffen sind, so sollen sie doch nicht rechtlich verbindliche Kraft haben. Das Precarium ist immer nur eine Besitzüberlassung „bis auf weiteres“ und daher stets zu jeder Zeit widerruflich (Miete und Commodat erst nach Beendigung des eingeräumten Gebrauchs). Hat der Precarist einen Zins versprochen (was in classischer Zeit häufig war, während ursprünglich das Precarium unentgeltliche Gebrauchsüberlassung gewesen zu sein scheint), so kann doch auf den Zins nicht geklagt werden. Das Precarium besteht als rein thatsächliches Verhältnis, ohne gegenseitige Einräumung von Rechten, und auch einen Anspruch auf Rückgabe der precario überlassenen Sache hat der precario dans nicht auf Grund eines Versprechens (eines Forderungsrechtes, wie bei Miete und Commodat), sondern lediglich auf Grund des precario habere aufseiten des Precaristen. Seinen Ausgang hat das römische Precarium vielleicht von dem Bittbesitz des Clienten genommen (an den Grundstücken, welche der Patron ihm zum Zweck der Gewährung seines Lebensunterhaltes überlieſs).

dictum unde vi geht gegen den Dejicienten als solchen, ohne Rücksicht darauf, ob er noch besitzt oder nicht, ob er in eigner Person oder durch andere die Dejection bewirkt hatte, ob der Kläger selbst vi, clam oder precario von ihm erworben hatte oder nicht. Während also bei dem interdictum uti possidetis der Beklagte antworten kann: du (Kläger) hast aber vi, clam oder precario von mir erworben (sog. exceptio vitiosae possessionis), wodurch dann, wie soeben ausgeführt ist, die Verurteilung des Klägers herbeigeführt werden kann, ist bei dem interdictum unde vi diese exceptio vitiosae possessionis ausgeschlossen. Das interdictum de precario geht ebenso gegen den Precaristen als solchen (welcher precario habet vom Kläger, oder dolo malo fecit, ut desineret habere). Das interdictum unde vi ist jedoch nur für Grundstücke zuständig, das interdictum de precario auch für bewegliche Sachen. Das interdictum unde vi und ebenso das interdictum uti possidetis wird nur intra annum (utilem) gegeben; post annum giebt es nur noch eine Klage auf Herausgabe der Bereicherung; das interdictum de precario verjährt dagegen erst in der ordentlichen Verjährungsfrist (von 30 bezw. 40 Jahren).

Die genannten possessorischen Interdicte (retinendae und recuperandae possessionis) sind dem juristischen Besitzer als solchem zuständig, ohne Rücksicht darauf, ob er wirklich an der Sache ein Recht hat oder nicht. Es wird ihm ein Rechtsschutz zuteil um seines Besitzes willen (daher die Bezeichnung der Interdicte als possessorischer Rechtsmittel) ohne Rücksicht auf sein Recht. Ja, die Rechtsfrage ist geradezu ausgeschlossen. Der Beklagte kann sich nicht durch Berufung auf sein Recht an der Sache verteidigen.

Dennoch bedeuten diese possessorischen Rechtsmittel, welche formell nur den Besitz schützen, im praktischen Erfolg regelmäfsig einen Schutz des Eigentums. In weitaus der Mehrzahl der Fälle ist es der Eigentümer, welcher zugleich den juristischen Besitz hat, bezw. gehabt hat. Folglich hat der Eigentümer regelmäfsig folgende Wahl:

1) Er kann petitorisch klagen (d. h. auf Grund seines Rechts an der Sache) unter Nachweis seines Eigentums (§ 52).

2) Er kann petitorisch klagen unter Nachweifs blofs seines Usucapionsbesitzes (actio Publiciana). Er abstrahiert davon, dafs er Eigentümer ist; er macht geltend, dafs die Erfordernisse des Ersitzungsbesitzes in seiner Person erfüllt sind (§ 53).

3) Er kann possessorisch klagen unter Nachweis blofs seines juristischen Besitzes (die possessorischen Interdicte). Er abstrahiert davon, dafs er Eigentümer oder doch Ersitzungsbesitzer ist; er macht nur geltend, dafs die Erfordernisse des juristischen Besitzes (thatsächliche Gewalt über die Sache mit animus domini) in seiner Person erfüllt und wirksam sind[4]).

Die eminente wirtschaftliche Bedeutung des Eigentums kommt in der reichen Entfaltung der ihm zu Gebote stehenden Schutzmittel zum Ausdruck.

L. 12 § 1 D. de adq. poss. (41, 2) (Ulpian.): Nihil commune habet proprietas cum possessione.

L. 1 § 2 D. uti possid. (43, 17) (Ulpian.): Separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.

L. 3 § 1 D. de adq. poss. (41, 2) (Paulus): Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore.

II. Die Rechte an fremder Sache.

§ 55.

Im allgemeinen.

Das Eigentum allein vermag auf die Dauer den Interessen des Verkehrs nicht zu genügen. Es mufs möglich sein, dafs man in Form Rechtens auch auf fremde Sachen einzuwirken befugt ist.

Diesem Bedürfnis der Ergänzung der eignen Wirtschaft durch fremde Sachen (ohne das Eigentum an denselben erwerben zu

---

4) Vgl. Jhering, Jahrb. f. Dogmatik des heutigen römischen Rechts Bd. 9 S. 44 ff.

müssen) kann das obligatorische Rechtsgeschäft mit dem Eigentümer dienen, z. B. der Pacht- und Mietvertrag. Dann hat der Berechtigte aber immer nur (weil er ein bloſses Forderungsrecht erworben hat, vgl. § 60) ein Recht gegen die Person des anderen Contrahenten. Wird der Pächter von einem anderen als seinem Verpächter in dem Besitz und Genuſs des Pachtgutes gestört, so hat er gegen diesen Dritten aus seinem Pachtrecht keine Klage; er muſs sich erst an seinen Verpächter wenden, damit dieser gegen den Dritten einschreite, eventuell klage.

Das obligatorische Rechtsgeschäft giebt also nur ein unvollkommenes (bloſs persönlich wirkendes) Recht hinsichtlich der fremden Sache. Daher ist das Bedürfnis, um welches es sich hier handelt, durch Rechtsgeschäfte dieser Art nicht voll befriedigt. Es muſs besser geschützte Rechte in Bezug auf fremde Sachen geben.

Diesem Bedürfnis zu genügen, sind die dinglichen Rechte an fremder Sache ausgebildet worden. Sie geben ein stärkeres, nämlich ein auch gegen jeden Dritten direct wirksames und klagbares Recht hinsichtlich der Sache. Diese dinglichen Rechte an fremder Sache, von den Römern schlechtweg als jura in re bezeichnet, sind es, welche uns im folgenden beschäftigen werden. Ihre gemeinsame juristische Natur (im Gegensatz zum Eigentum) ist, daſs sie ihrem Inhalt nach beschränkte Herrschaftsrechte über eine Sache darstellen, obgleich sie — darin dem Eigentum gleich — gegen jeden störenden Dritten direct reagieren. Im übrigen sind die einzelnen jura in re nach Art und Bedeutung der von ihnen gewährten Herrschaft wesentlich von einander verschieden.

Das römische Recht hat nur verhältnismäſsig wenige jura in re ausgebildet: die Servituten, die Emphyteuse, die superficies, das Pfandrecht.

§ 56.

Die Servituten.

Die Servituten (Dienstbarkeiten) haben die Aufgabe, unter möglichster Schonung des Eigentümers auch anderen eine Teilnahme an der Nutzbarkeit der Sache zu gewähren. Das Eigen-

tum „dient" (servit), es ist beschränkt, nicht vollfrei, aber doch nicht wirtschaftlich aufgehoben. Im Gegenteil: im Verhältnis zur Servitut ist das Eigentum das dominierende Recht. Es ist daher charakteristisch, daſs das altrömische Civilrecht neben dem Eigentum nur die Servitut duldet und zuläſst. Es will grundsätzlich freies Eigentum und duldet daher die jura in re nur in der beschränkten Form der Servitut. Alle übrigen jura in re sind erst später, durch den Prätor (Pfandrecht und superficies, unten § 58. 59) oder durch die spätkaiserliche Gesetzgebung (die Emphyteuse, unten § 57) ausgebildet worden.

Im Interesse des Eigentums ist die Servitut teils dadurch zurückgesetzt, daſs sie nur ganz bestimmte, einzelne Nutzungsrechte dem Servitutberechtigten gewährt, teils dadurch, daſs sie unveräuſserlich und unvererblich einem bestimmten Subject zusteht und mit dem Untergang dieses Subjectes selber untergeht.



Servituten sind beschränkte dingliche Nutzungsrechte an fremder Sache mit bestimmt gegebenem Subject.

Die Art, wie das Subject einer Servitut bestimmt wird, ist eine zweifach verschiedene: entweder ist das Subject persönlich bestimmt (Personalservituten), oder das Subject ist dinglich bestimmt (Real- oder Prädialservituten). — Bei den Prädialservituten ist der jedesmalige Eigentümer eines Grundstücks der Servitutberechtigte.

Die Personalservituten gehen unter durch Tod des Berechtigten (sie sind höchstens lebenslängliche Rechte): — dem Tod wirkt nach römischem Recht die capitis deminutio gleich (nach classischem Recht auch die capitis deminutio minima, oben S. 114). Die Prädialservituten gehen, wenn nicht andere Gründe eintreten, erst unter mit dem Untergang des Grundstücks. Die Personalservituten (welche regelmäſsig einen reicheren Inhalt von Befugnissen gewähren) sind um so mehr in Bezug auf ihre Dauer, die Prädialservituten (welche ewig dauern können) sind dafür um so entschiedener in Bezug auf ihren Inhalt eingeschränkt.

I. Die wichtigsten Personalservituten sind:

a) Der usus fructus (Nieſsbrauch). Er gewährt das (höchstens) lebenslängliche dingliche Recht auf den vollen Genuſs und Fruchtertrag einer fremden Sache. Es steht beim Usufructuar,

ob er diesen Genuſs und Fruchtertrag in Natur oder in Form eines Geldäquivalents (durch Verkaufen oder Vermieten der Ausübung des ususfructus an einen andern) wahrnehmen will. Nach Beendigung des Nieſsbrauchs muſs die Sache zurückgegeben werden. An res consumtibiles (oben S. 203) ist daher kein ususfructus möglich. Der sog. quasi ususfructus an Consumtibilien (mir ist z. B. im Testament der Nieſsbrauch an 1000 Flaschen Wein oder an einem Capital vermacht worden) bedeutet vielmehr Eigentum an den Consumtibilien, welches ich unter der Verpflichtung erwerbe, nach meinem Tode (d. h. mein Erbe muſs zahlen) die gleiche Quantität und Qualität von Consumtibilien (bezw. deren Geldwert) zu restituieren. Hier wird also wirtschaftlich das gleiche Resultat wie beim verus ususfructus erreicht, aber die rechtliche Form ist nicht die des ususfructus, sondern die des mit einer Obligation beschwerten Eigentums. Wie der Nieſsbraucher, der einen verus ususfructus hat, durch Caution seine Verpflichtung zur Restitution der Sache nach beendigtem Nieſsbrauch, sowie seine Verpflichtung, etwaige verschuldete Beschädigung der Sache zu ersetzen, sicher stellen muſs (sog. cautio usufructuaria), so ist auch der Quasiusufructuar verpflichtet, seine Obligation zur Rückleistung der gleichen Quantität und Qualität durch Caution sicher zu stellen. Durch die Pflicht zur Bestellung dieser cautio usufructuaria wird das Eigentum des Quasiusufructuars an den erworbenen Consumtibilien dem Niveau der Rechte eines bloſsen Nieſsbrauchers angenähert.

b) Der usus gewährt das (höchstens) lebenslängliche dingliche Recht auf den Genuſs und Fruchtertrag einer fremden Sache, soweit derselbe zur Befriedigung der eigenen Bedürfnisse des Usuars notwendig ist. Vermieten und Verkaufen ist hier also grundsätzlich ausgeschlossen. Der Usuar hat die cautio usuaria zu bestellen, durch welche er (ebenso wie der Usufructuar) Restitution der Sache nach beendigtem usus und Sorgfalt in Bezug auf die Benutzung der Sache (ev. Schadensersatz) verspricht.

c) Die habitatio ist das (höchstens) lebenslängliche dingliche Recht, in einem fremden Hause zu wohnen, jedoch nur nach Art eines Alimentationsberechtigten: d. h. über Art und Ort der Wohnung des habitator im Hause bestimmt der Wille des Hauseigentümers (während nicht bloſs der ususfructus, sondern auch der

usus an einem Hause das Recht giebt, Art und Ort der eignen Wohnung im Hause selber zu bestimmen). Der habitator ist jedoch berechtigt, die ihm zugewiesenen Wohnräume nicht selber zu benutzen, sondern an andre zu vermieten. Er kann den Vorteil, welcher ihm zum Zweck seines Lebensunterhaltes durch die habitatio gewährt sein soll, also auch in Form eines Geldäquivalents realisieren.

d) Die operae servorum bedeuten ein beschränktes Nutzungsrecht an einem fremden Sclaven. Man hat das (höchstens) lebenslängliche dingliche Recht, die Arbeitskraft eines fremden Sklaven zu benutzen, sei es dadurch, dafs man seine Dienste entgegennimmt, sei es dadurch dafs man sie vermietet. Habitatio und operae servorum (auch die letzteren scheinen der Alimentation des Berechtigten dienen zu sollen) gehen schon nach classischem Recht durch capitis deminutio minima nicht verloren.

pr. I. de usufr. (2, 4): Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia.

§ 2 eod.: Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et jumentis ceterisque rebus, exceptis his, quae ipso usu consumuntur. Nam eae neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum. Quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta, quibus proxima est pecunia numerata; namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui: ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque, si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, et legatarius satisdat heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur. . . . Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

§ 1 Inst. de usu et hab. (2, 5): Minus autem scilicet juris in usu est, quam in usufructu. Namque is, qui fundi nudum usum habet, nihil ulterius habere intellegitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, feno, stramentis, lignis ad usum cottidianum utatur; in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit: neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit: nec ulli alii jus, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest, cum is, qui usumfructum habet, potest haec omnia facere.

§ 5 eod.: Sed, si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus; quam habitationem habentibus propter rerum utilitatem secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata, permisimus, non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.

L. 1 pr. D. usufructuarius quemadmodum caveat (7, 9) (Ulpian.): Si cujus rei ususfructus legatus sit, aequissimum praetori visum est, de utroque legatarium cavere: et usurum se boni viri arbitratu, et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit.

II. Die Prädialservituten sind entweder servitutes praediorum rusticorum (solche Servituten, welche gewöhnlich zu Gunsten von Feldgrundstücken vorkommen), oder servitutes praediorum urbanorum (solche Servituten, welche gewöhnlich zu Gunsten von Gebäuden vorkommen).

a) Die wichtigsten Rusticalservituten sind: die Wegegerechtigkeiten (servitus itineris, actus, viae), die Wasserleitungsgerechtigkeit (servitus aquaeductus), die Wasserschöpfgerechtigkeit (servitus aquae hauriendae).

b) Die wichtigsten Urbanalservituten sind die servitus altius non tollendi (auf dem Nachbargrundstück darf nicht höher gebaut werden), die servitus tigni immittendi (das Recht, den Balken, welcher mein Stockwerk trägt, in die Nachbarmauer zu legen), die servitus oneris ferendi (ich bin berechtigt, meine Mauer auf die Nachbarmauer zu legen), die servitus stillicidii (Recht des Tropfenfalls).

In all diesen Fällen dient das eine Grundstück dem andern. Daher heifst das Grundstück, auf welchem die Servitut ruht, „dienendes Grundstück“ (praedium serviens), das Grundstück, welchem die Servitut zugute kommt, „herrschendes Grundstück“ (praedium dominans). 1) Beide Grundstücke müssen vicina, d. h. so zu einander gelegen sein, dafs das eine dem andern nützen könne. 2) Das dienende Grundstück mufs durch seine dauernde Beschaffenheit (causa perpetua) dem herrschenden Grundstück den Nutzen bringen, und umgekehrt mufs der Nutzen der servitus nicht blofs für diesen Eigentümer, sondern für jeden Eigentümer des herrschenden Grundstücks existieren (in diesem Sinne dient

die Prädialservitut dem herrschenden Grundstück). Die Form der Prädialservitut ist dann unmöglich, wenn es sich nur um eine Befriedigung von Bedürfnissen des gegenwärtigen Eigentümers handelt.

III. Das Recht der Servitutberechtigten ist, den Inhalt der Servitut zu realisieren, und zwar in den Fällen der Prädialservitut nach Maſsgabe des durch die Verhältnisse des Grundstücks bestimmten Bedürfnisses (z. B. bei der Weidegerechtigkeit). Der Eigentümer der dienenden Sache andererseits ist grundsätzlich nur zum Dulden der gegnerischen Nutzungshandlung (pati, non facere), nicht aber zu positiven Leistungen an den Servitutberechtigten verpflichtet (servitus in faciendo consistere nequit),

pr. I. de serv. praed. (2, 3): Rusticorum praediorum jura sunt haec: iter, actus, via, aquaeductus. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum. Itaque, qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se via continet. Aquaeductus est jus aquae ducendae per fundum alienum.

§ 1 eod.: Praediorum urbanorum sunt servitutes, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellantur, etsi in villa aedificata sunt. Item praediorum urbanorum servitutes sunt hae: ut vicinus onera vicini sustineat: ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere: ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas vel in aream, vel non recipiat: et ne altius tollat quis aedes suas, ne luminibus vicini officiatur.

IV. Erwerb der Servituten. Eine echte Servitut (ex jure Quiritium) wird nach römischem Civilrecht vertragsmäſsig nur durch in jure cessio giltig bestellt, also durch Scheinvindication der Servitut mit nachfolgendem Geständnis des Scheinbeklagten und addictio des Prätors zu Gunsten des Scheinklägers. Servitutes praediorum rusticorum (in Italien) galten jedoch für res mancipi, und war daher für die italischen Rusticalservituten neben der in jure cessio auch die Rechtsform des Sacherwerbes, die

mancipatio (oben S. 26. 34), zum Zweck der Begründung der Servitut möglich[1]).

Nach prätorischem Recht bedurfte es eines solchen formellen Rechtsgeschäfts nicht; es genügte vielmehr die thatsächliche Einräumung und Ausübung der Servitut (quasi traditio servitutis).

Die civilen Rechtsformen waren für die Bestellung von Servituten an Provinzialgrundstücken ausgeschlossen. Der Provinzialboden war wie dem echten Privateigentum (vgl. oben S. 205. 215), so auch den jura in re im Sinn des Civilrechts entzogen. Die prätorische Errichtungsform war jedoch auch bei Provinzialgrundstücken möglich. Hier pflegte die Einräumung der Servitut durch Vertrag (pactio), andererseits die Besitzergreifung von

---

[1]) Daneben gab es eine sog. deductio servitutis, d. h. Begründung einer Servitut durch Vorbehalt bei der Eigentumsveräufserung mittels in jure cessio oder mancipatio. Es konnte also das Grundstück z. B. mancipiert werden deducto usufructu, oder bei der in jure cessio vindiciert (und demgemäfs addiciert) werden deducto usufructu. Dann entstand die Servitut kraft der lex mancipationi, bezw. in jure cessioni dicta (uti lingua nuncupassit, ita jus esto, oben S. 33), aber formell nicht kraft Servitutenbestellungsvertrags, sondern kraft des Eigentumsübertragungsvertrags. Es waren nicht zwei Rechtsgeschäfte abgeschlossen worden (zum ersten Eigentumsübertragung, zum zweiten Servitutenbestellung), sondern ein einziges Rechtsgeschäft, nämlich eine Eigentumsübertragung zu minderem Recht. Die deductio servitutis war also formell wirklich deductio, nicht constitutio servitutis. Für den Erwerber des Eigentums lag nicht erstens ein Erwerbsgeschäft (durch Eigentumsübertragung) und zweitens ein Belastungsgeschäft (durch Servitutenbestellung), sondern lediglich ein Erwerbsgeschäft vor, wenngleich ein Erwerbsgeschäft mit geschmälerter Wirkung (da er nicht freies Eigentum erwarb). Dies wird von Bedeutung für den Fall, dafs der Erwerber zwar zu seinen Gunsten, aber nicht zu seinen Lasten Rechtsgeschäfte zu schliefsen fähig ist (oben S. 127). Die Servitut kommt dann doch durch deductio auch ihm gegenüber giltig zustande, obgleich eine constitutio servitutis durch ihn ungiltig wäre. Anders bei der Eigentumsveräufserung durch blofse Tradition. Die Tradition kennt als unfeierlicher Act nach Civilrecht keine lex traditioni dicta (l. 6 D. comm. praed. 8, 4 ist interpoliert). Daher giebt es wie keine fiducia durch Tradition (oben S. 37 Anm. 11), so auch keine deductio (servitutis, pignoris) bei der Tradition. Vielmehr bedeutet der Vorbehalt von Servitut oder Pfandrecht bei der Tradition einen zweiten (belastenden) Vertrag neben dem Traditionsvertrag. So erklärt sich die Entscheidung in l. 1 § 4, l. 2 D. de reb. eor. (27, 9).

der Servitut (also die erste Ausübung derselben) dadurch in Form Rechtens bewirkt und zugleich solennisiert zu werden, daſs der, dem die Servitut eingeräumt wurde, sich von dem Besteller, dem Inhaber des dienenden Grundstücks, durch Stipulation die Zahlung einer Conventionalstrafe (für den Fall des Zuwiderhandelns gegen die Servitut) formell versprechen lieſs. Durch dieses feierliche Versprechen der Conventionalstrafe setzte der Besteller den Erwerber sofort in Besitz der Servitut: die Unterwerfung des Verpflichteten unter den Servitutausübungswillen des andern (das Versprechen der Conventionalstrafe) war bereits die quasi traditio servitutis. Die Servituten wurden hier also bestellt pactionibus et stipulationibus[2]. Diese Form, welche an den Provinzialgrundstücken sich entwickelt hatte, ist im Justinianischen Recht die einzige für den Servitutenbestellungsvertrag. In jure cessio und mancipatio der Servitut sind verschwunden. Es ist damit im wesentlichen schon das Recht gegeben, welches als gemeines Recht in Deutschland recipiert wurde: die Servitut kann durch bloſsen Vertrag bestellt werden.

Neben dem Vertrag steht als Erwerbsgrund das Vermächtnis (nach Civilrecht muſste die Form des directen solennen legatum per vindicationem gewählt werden, vgl. § 102 I 1), ferner die adjudicatio im Teilungsverfahren, falls der judex z. B. zum Zweck der Auseinandersetzung dem einen Eigentum, dem andern Nieſsbrauch, oder bei reeller Teilung der Grundstücke gegenseitig Prädialservituten zuspricht (nach Civilrecht war Voraussetzung für die quiritarische Wirkung der adjudicatio, daſs die Teilungsklage im judicium legitimum durchgeführt wurde, vgl. oben S. 155 Anm. 1), und die Ersitzung. Die alte usucapio servitutis (in ein- bezw. zweijähriger Frist) ist zwar durch die lex Scribonia aufgehoben worden, dafür aber durch magistratisches Recht die longi temporis possessio (vgl. oben S. 215) auch auf Servituten angewandt worden: die Servitut wird ersessen durch zehnjährige (inter praesentes) oder zwanzigjährige (inter absentes) Ausübung der Servitut nec vi nec clam nec precario.

---

[2]) Vgl. Karlowa, Das Rechtsgeschäft S. 223 ff.; Lenel in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 19 S. 183 ff.

Gajus Inst. II § 31: Sed haec scilicet (in jure cessio und mancipatio) in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis, sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi aedes, aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt.

§ 1 I. de usufr. (2, 4): Sine testamento vero, si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.

V. Der Untergang der Servitut tritt ein durch den Tod des Berechtigten (bei der Personalservitut; dem Tode gleich wirkt die capitis deminutio, die Zerstörung der Persönlichkeit durch Rechtshandlung, oben S. 111), ferner durch Confusion (Erwerb des Eigentums durch den Servitutberechtigten bezw. Erwerb der Servitut durch den Eigentümer), durch Verzichtvertrag mit dem Eigentümer der dienenden Sache, durch Vermächtnis der Freiheit von der Servitut, durch non usus, d. h. Nichtausübung per longum tempus (10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes). Für die servitutes praediorum urbanorum mufs zum non usus (Nichtausübung seitens des berechtigten Grundstücks) die sog. usucapio libertatis (d. h. Realisierung der Freiheit von der Servitut durch positives Vorgehen seitens des dienenden Grundstücks, z. B. durch Höherbauen gegenüber der servitus altius non tollendi) hinzukommen, um die Servitut aufzuheben. Die Personalservituten der habitatio und der operae servorum gehen durch non usus und durch capitis deminutio minima (vgl. oben (S. 234) nicht verloren: die Alimentationszwecke, um welche es sich hier handelt, sollen weder durch zeitweilige Nichtausübung, noch durch blofse Änderung der Familienverhältnisse vereitelt werden.

L. 6 D. de S. P. U. (8, 2) (Gajus): Haec autem jura (praediorum urbanorum) similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnino pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per sta-

tutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item, si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris. Alioquin, si nihil novi feceris, integrum permanet.

VI. Zum Schutz der Servitut dient die actio confessoria in rem: die Zuständigkeit der Servitut mufs vom Kläger behauptet und bewiesen werden. Der Störende wird dann zum Schadensersatz, zur Anerkennung der Servitut und zur Unterlassung fernerer Störung verurteilt. Die confessoria ist also das Gegenstück zu der negatoria des Eigentümers (oben S. 222). Mit der negatoria würde der Eigentümer auftreten, um sich (wie anderer Störungen, so auch) einer angemafsten Servitut zu erwehren; mit der confessoria tritt der Servitutberechtigte auf, um dem Eigentümer oder Dritten gegenüber seine Servitut geltend zu machen und zur thatsächlichen Anerkennung zu bringen.

Es giebt auch eine Publiciana confessoria in rem, entsprechend der Publiciana, welche anstatt der Eigentumsklage gegeben wird, und zwar, ebenso wie dort, in zwei Fällen: 1) wenn man die Servitut a domino (von dem Eigentümer des dienenden Grundstücks), aber in civilrechtlich ungenügender Form, nämlich nicht durch in jure cessio oder mancipatio, sondern durch blofse pactio und quasi traditio erwarb: dieser Fall würde dem oben (S. 207) besprochenen Fall des bonitarischen Eigentums entsprechen; 2) wenn man die Servitut bona fide a non domino erwarb (man läfst also dahin gestellt, oder kann es nicht beweisen, dafs der Besteller der Servitut wirklich Eigentümer des dienenden Grundstücks war) und zu dem Erwerbsact die quasi traditio, also der Besitzerwerb an der Servitut durch Ausübung derselben, hinzugekommen ist: dieser Fall entspricht dem Fall des Usucapionsbesitzes, und es hat in diesem Fall wie die Publiciana in rem des Usucapionsbesitzers, so auch die Publiciana confessoria nur relative Kraft gegenüber dem schlechter Berechtigten (vgl. oben S. 223. 224), sie kann also namentlich von dem wahren Eigentümer des dienenden Grundstücks durch exceptio dominii zurückgewiesen werden.

Für einzelne Servituten giebt es auch einen possessorischen Schutz durch Interdicte, ohne Nachweis des Rechts, nur auf Grund des juristischen Servitutenbesitzes (sog. quasi possessio oder juris possessio), d. h. auf Grund der thatsächlichen Ausübung der Servitut (corpus) mit dem Willen, wie ein Servitutberechtigter zu handeln (animus). Solchen possessorischen Schutz haben der Usufructuar und der Usuar, indem ihnen die Sachbesitzinterdicte (oben S. 227. 228) als utilia gegeben werden, ferner der Wegeberechtigte durch das interdictum de itinere actuque privato (falls er die Servitut an 30 Tagen im letzten Jahr nec vi nec clam nec precario ab adversario ausgeübt hat), der Wasserleitungsberechtigte durch das interdictum de aqua (falls er die Servitut wenigstens einmal innerhalb des letzten Gebrauchsjahrs bona fide ausübte nec vi nec clam nec precario), der Wasserschöpfberechtigte durch das interdictum de fonte (unter derselben Voraussetzung wie das interd. de aqua).

§ 2 I. de act. (4, 6): Aeque, si agat quis, jus sibi esse, fundo forte vel aedibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi, agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi: in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure praediorum urbanorum; veluti si quis agat, jus sibi esse altius aedes suas tollendi prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi in vicini aedes. Contra quoque de usufructu et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum invicem quoque proditae sunt actiones, ut quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi, projiciendi, immittendi: istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. Quod genus actionum in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget, rem actoris esse.

§ 57.

Die Emphyteuse.

Die Emphyteuse ist die Erbpacht des römischen Rechts: ein Verhältnis, welches zuerst innerhalb der städtischen Verwaltung aufkam, indem Grundstücke, namentlich Ländereien (praedia rustica)

von der Stadtgemeinde gegen einen Jahreszins (vectigal) zu Erbpacht ausgegeben wurden (ager vectigalis; doch gab es auch aedes vectigales: Degenkolb, Platzrecht S. 51. 84 a. E.), welches dann auch auf die Domänen des Kaisers in Anwendung gebracht wurde, wenn es sich um die Urbarmachung (emphyteusis) noch unbebauter Ländereien handelte[1]). Den Zweifel der römischen Juristen, ob die Erbpacht ein Kauf oder vielmehr eine bloſse Miete des Grundstücks sei, erledigte Kaiser Zeno durch die Erklärung, daſs hier eine besondere Art von Rechtsgeschäft: nämlich der Erbpachtvertrag (contractus emphyteuticarius), und eine besondere Art von Rechtsverhältnis: das Erbpachtverhältnis, vorliege.

Der Erbpächter hat das Recht der vollen Ausübung des fremden Eigentums und steht daher zu dem Grundstück (solange sein Recht dauert) wirtschaftlich so, als ob er Eigentümer wäre. Er hat den vollen Fruchtgenuſs, überhaupt das Recht auf allen Ertrag der Sache, damit auch das Recht der Meliorierung und Culturveränderung (welches dem Nieſsbraucher und ebenso dem bloſsen Zeitpächter versagt ist); die Früchte erwirbt er, wie der Eigentümer, durch bloſse Separation (ohne daſs es der Perception,

[1]) Emphyteusis heiſst also ursprünglich nur das zur Anpflanzung in Erbpacht gegebene kaiserliche Ödland. Den Gegensatz bildete einerseits der ager vectigalis, das in Erbpacht gegebene städtische Gemeinland (regelmäſsig bereits in Bau befindliche Grundstücke), andererseits die conductio perpetua, d. h. die Vererbpachtung bereits bebauten kaiserlichen Landes, welche letztere seit dem Ende des 4. Jahrhunderts in Übung gesetzt und sodann auch auf städtisches Gemeinland übertragen wurde. Der ager vectigalis verschwindet seit Constantin, wie es scheint, infolge einer groſsen, zu Gunsten teils des Staates teils der Kirche durchgeführten Confiscation des Gemeindevermögens. Das teilweise den Gemeinden (so durch Julian, dann durch Theodosius II.) später zurückgegebene Land ist sodann in den Formen der kaiserlichen Domanialverwaltung (emphyteusis, conductio perpetua) administriert, und zugleich der Ausdruck emphyteusis als gemeingiltig für die Erbpacht überhaupt gebraucht worden. Die Rubrik des Digestentitels 6, 3: si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur (vgl. l. 15 § 1 D. 2, 8 und Lenel, Edictum S. 146) zeigt deutlich, daſs nach Absicht der Compilatoren der Ausdruck ager emphyteuticarius das in Erbpacht gegebene Grundstück schlechtweg bezeichnen soll. Für den Besitzer eines ager vectigalis hatte bereits der Prätor eine dingliche Klage (utilis rei vindicatio) gegeben; die gleiche Klage ist sodann dem Erbpächter überhaupt zuständig geworden. — Über das Geschichtliche vgl. Brunner in der Zeitschr. der Sav.-Stift., germanist. Abt., Bd. 5 S. 76 ff.

der Besitzergreifung an der Frucht, bedarf). Wie der Eigentümer hat er rei vindicatio (utilis) und actio negatoria (utilis) und (aus den Prädialservituten, welche dem fundus emphyteuticarius zustehen) die actio confessoria (utilis). Wie der Eigentümer hat er ferner, wenn er in thatsächlicher Ausübung seines Rechts sich befindet, auch den possessorischen Schutz durch die Sachbesitzinterdicte (oben S. 227. 228). Sein Besitz des Grundstücks ist an thatsächlicher Energie dem des Eigentümers gleich. Er hat den unbedingten Willen, die Sache in seinem eigenen Interesse zu haben, wirtschaftlich selber der Eigentümer zu sein (animus domini).

Andererseits ist der emphyteuta verpflichtet: 1) jährlich den Zins (canon, vectigal) zu zahlen; 2) das Gut nicht zu deteriorieren; 3) dem Herrn eine beabsichtigte Veräufserung des Erbpachtrechts anzuzeigen, damit der Herr eventuell von seinem Vorkaufsrecht (jus protimiseos) Gebrauch machen könne. Versäumt der Erbpächter die Erfüllung dieser Pflichten (unterläfst er z. B. die Zinszahlung drei Jahre hindurch), so hat der Erbverpächter (dominus emphyteuseos) die Befugnis, ihn seines Erbpachtrechtes zu entsetzen (Abmeierungsrecht, Expulsionsrecht).

Den Servituten gegenüber ist die Emphyteuse durch zwei Punkte ausgezeichnet: 1) der emphyteuta hat, wie wirtschaftlich, so in der Hauptsache auch rechtlich die Stellung des Eigentümers, die Emphyteuse übertrifft daher die Servituten wesentlich an Befugnissen: sie ist bestimmt, das Eigentum zu ersetzen; 2) die Emphyteuse ist vererblich und veräufserlich.

Von der Zeitpacht unterscheidet die Emphyteuse (Erbpacht) sich dadurch, dafs der Zeitpächter ein blofses Forderungsrecht hat gegen den Verpächter, der Erbpächter aber ein dingliches Recht am Grundstück gegenüber jedermann.

§ 3 I. de loc. et conduct. (3, 24): Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio? Ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus cuive conductor heresve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit,

aliove quo modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam.

§ 58.

Die superficies.

Was die Emphyteuse für Feldgrundstücke, ist die superficies für Häuser. Die römische superficies ist die Erbpacht eines Bauplatzes (unter Zahlung eines Jahreszinses, solarium), auf welchem sodann der Superficiar ein Haus errichtet. Der Superficiar hat das Haus aus eigenen Mitteln gebaut. Das Haus ist dann dem Eigentum nach (kraft der Rechtssätze über Accession) dem Bodeneigentümer gehörig (superficies solo cedit); der Superficiar hat aber für sich und seine Erben das dingliche Recht, auf die gesetzte Reihe von Jahren (z. B. 99 Jahre), bezw. auf immer darin zu wohnen und alle Rechte des Eigentümers an dem Hause auszuüben. Daher ist die Rechtsstellung des Superficiars der des Emphyteuta gleich. Auch der Superficiar hat die Klagen des Eigentümers utiliter, und geniefst possessorischen Schutz durch ein besonderes interdictum de superficie. Er verfügt über Reparaturen und Änderungen des Hauses (darf nur nicht deteriorieren). Er hat Gewalt über das Haus, und hat daher wie die wesentlichen Eigentumsbefugnisse, so auch den juristischen Besitz des Hauses (corpus und animus), gleich als ob er Eigentümer wäre[1].

Über den Unterschied der superficies von den Servituten einerseits, von der Miete andererseits gilt das gleiche, was § 57 a. E. von der Emphyteuse bemerkt ist.

Die rechtliche Anerkennung der superficies ruht auf prätorischem Recht.

L. 1 pr. D. de sup. (43, 18): Ait praetor: UTI EX LEGE LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONIS SUPERFICIE, QUA DE AGITUR, NEC VI

[1]) Degenkolb, Platzrecht und Miete (1867).

NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO FRUEMINI, QUOMINUS FRUAMINI, VIM FIERI VETO. SI QUA ALIA ACTIO DE SUPERFICIE POSTULABITUR, CAUSA COGNITA DABO.

§ 3 eod.: Quod ait praetor: SI ACTIO DE SUPERFICIE POSTULABITUR, CAUSA COGNITA DABO, sic intellegendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.

§ 59.

Das Pfandrecht.

Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, sich mittels einer Sache für eine Forderung bezahlt zu machen.

I. Geschichte. Dem altrömischen Recht war das Pfandrecht unbekannt. Es gab zwar Rechtsgeschäfte, welche wirtschaftlich den Erfolg einer Pfandbestellung (nämlich Sicherung einer Forderung durch eine Sache) hatten, aber kein Rechtsgeschäft, welches formell die Bestellung eines Pfandrechts an einer Sache zum Inhalt gehabt hätte. Wollte jemand sich Credit schaffen, indem er dem Gläubiger Sicherheit gab für die Forderung, so konnte er

1) dem Gläubiger eine Sache mancipieren, d. h. (durch imaginaria venditio nummo uno, vgl. oben S. 33. 34) dem Gläubiger das Eigentum an der Sache übertragen, mit der Clausel aber, dafs nach Bezahlung der Schuldverbindlichkeit der Gläubiger ihm die Sache zurückgeben müsse. Die mancipatio war eine mancipatio auf Treue, die oben (S. 34) geschilderte fiducia. Hier war der Gläubiger gut genug gestellt. Er hatte Eigentum an der Sache und konnte von formalen Rechts wegen mit ihr thun, was er wollte, sie also auch z. B. zum Zweck seiner Befriedigung verkaufen, wenn der Schuldner nicht bezahlte. Aber der Schuldner war schlecht gestellt. Bezahlte er auch richtig seine Schuld, so war er doch nicht sicher, seine Sache, die er als Sicherheit fortgegeben hatte, zurückzubekommen. Der Gläubiger konnte sie inzwischen veräufsert, verschenkt, verkauft, vertauscht haben. Dann blieb der Gläubiger ihm zwar ersatzverpflichtet, aber der

Schuldner hatte gegen den dritten Erwerber der Sache keine Klage, da dieser ja rechtmäſsiger und voller Eigentümer war. So bekam der Schuldner nur Ersatz der Sache, nicht die Sache selbst. Was ihm fehlte, war ein dingliches Rückforderungsrecht, welches er gegen jeden dritten Besitzer seiner Sache geltend machen konnte[1]). Der Fehler lag eben darin, daſs er das Eigentum, welches ihm ein solches dingliches Recht gewährt hätte, aufgegeben hatte. Darum kam noch eine andere Form auf, um den Gläubiger für seine Forderung sicher zu stellen. Der Schuldner konnte nämlich auch

2) dem Gläubiger die Sache, welche ihm als Sicherheit dienen sollte, bloſs tradieren, und zwar nicht, um ihm Eigentum daran zu gewähren (auch kein bonitarisches Eigentum), sondern nur, um ihm die Sache in seine thatsächliche Gewalt, und zwar in vollkommene thatsächliche Gewalt (juristischen Besitz) zu übertragen. Ein solches Verhältnis nannte man pignus. Hier war der Schuldner gut genug gestellt. Er behielt hier sein Eigentum, und deshalb sein dingliches Rückforderungsrecht gegen jedermann. Sobald er seine Schuld bezahlt hatte, konnte ihm niemand die Sache mehr vorenthalten. Aber der Gläubiger war hier zu schlecht gestellt. Er hatte zwar die Sache in seinem thatsächlichen Besitz, auch gab ihm der Prätor die possessorischen Interdicte, aber es fehlte ihm ein dingliches Recht an der Sache, und daher die ordentliche in rem actio gegenüber Dritten. Und vor allem fehlte ihm das Recht, über die Sache zum Zwecke seiner Befriedigung zu disponieren. Er konnte die Sache nicht verkaufen, falls der Schuldner nicht zahlte, um sich aus dem Erlös zu befriedigen. Lieſs der Schuldner lieber die Sache beim Gläubiger, als daſs er die Schuld bezahlte, so nützte dem Gläubiger das pignus nichts[2]). Es kam also darauf

[1]) Nur einen schwachen Schutz gewährte die Möglichkeit der usureceptio (S. 216 Anm. 1), deren Voraussetzung Besitz aufseiten des Schuldners war.

[2]) Man machte deshalb wohl aus, daſs im Fall der Nichtzahlung das pignus dem Gläubiger (zur Strafe) zu Eigentum verfallen sein solle (lex commissoria). Das pactum venditionis dagegen, d. h. die Abrede, daſs der Gläubiger zum Zweck seiner Befriedigung verkaufen dürfe, ist erst später, in der Kaiserzeit, aufgekommen. A. Pernice in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung Bd. 5 S. 134.

an, eine Form zu finden, welche dem Schuldner das Eigentum beliefs (und ihm damit ein dingliches Rückforderungsrecht gewährte), aber doch dem Gläubiger ein Recht an der Sache gab, das Recht nämlich, die Sache eventuell zum Zweck der Befriedigung seiner Forderung zu verwerten (eben das Pfandrecht). Dies ist unter Hilfe des prätorischen Edictes geschehen. Es konnte nämlich

3) der Schuldner mit dem Gläubiger den Vertrag schliefsen (ohne Mancipation und ohne Tradition), dafs gewisse Sachen des Schuldners dem Gläubiger als „Hypothek“, d. h. als eventuelles Befriedigungsmittel dienen sollten. Ein solches Verhältnis hiefs hypotheca (aus dem griechischen Recht stammt wie der Name so der Inhalt des Geschäfts). Ein solcher Vertrag war nach altrömischem Recht vollständig ungiltig. Der Prätor aber hat ihn giltig gemacht, zunächst für den Fall, dafs der Pächter eines Feldgrundstückes dem Verpächter seine Invecten und Illaten (sein Inventar) zur Hypothek gegeben hatte (hier gab der Prätor dem Gläubiger, um sich in Besitz der Sache zu setzen, ein interdictum Salvianum und das ordentliche Rechtsmittel der actio Serviana), dann allgemein, wenn überhaupt jemand seine Sachen dem andern zur „Hypothek“ gesetzt hatte (actio quasi Serviana oder actio in rem hypothecaria). Der Hypothekenvertrag gab also nach prätorischem Recht dem Gläubiger ein dingliches Klagrecht, damit sich dieser (sobald die Zahlung seitens des Schuldners ausblieb) in Besitz der Sache setzen könne; er gab ihm ferner das Verkaufsrecht, d. h. das Recht, sich durch Verwertung der Sache für seine Forderung zu befriedigen. Der Gläubiger hatte also alle Rechte, die ihm nötig waren, und ebenso war umgekehrt das Interesse des Schuldners durch sein kraft Eigentums ihm zuständiges eventuelles dingliches Rückforderungsrecht gewahrt.

Damit war das Pfandrecht entstanden: der Hypothekenvertrag war jetzt der Vertrag, welcher auch formell die Erzeugung eines Verwertungsrechts an fremder Sache (eines Pfandrechts) zum Inhalt hatte. Natürlich kann der Hypothekenvertrag jetzt auch mit Tradition der Sache in den Besitz des Gläubigers sich verbinden (pignus, Faustpfand), aber notwendig ist es nicht. Relevant für die Entstehung eines Pfandrechts ist nicht die Be-

sitzübertragung als solche, sondern nur der Pfandvertrag (ut res hypothecae sit).

L. 9 § 2 D. de pign. act. (13, 7) (Ulpian.): Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit, nec possessio, ad creditorem.

L. 5 § 1 D. de pign. (20, 1) (Marcian.): Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

II. Rechtssätze. Das Pfandrecht entsteht ordentlicher Weise durch Vertrag (pignus conventionale), oder durch letztwillige Verfügung (pignus testamentarium), aufserordentlicher Weise durch Gesetz, z. B. zu Gunsten der Forderungen des Fiscus an dem ganzen Vermögen des Schuldners, zu Gunsten der Forderung des Vermieters einer Wohnung an den Invecten und Illaten des Mieters (pignus tacitum oder legale), oder durch Beschlagnahme der Sachen des Schuldners im Wege gerichtlichen Executionsverfahrens (pignus judiciale). Ein Pfandverhältnis (pignus) alten Stils, nämlich thatsächliches Innehaben (oder blofse Detention) zum Zweck der Sicherung eines Anspruchs, ohne Verkaufsrecht und ohne dingliche Klage, liegt dann vor, wenn der Prätor zum Zweck provisorischer Sicherstellung dem Berechtigten missio in possessionem in die Sachen, an denen er interessiert ist, gewährt hat (sog. pignus praetorium).

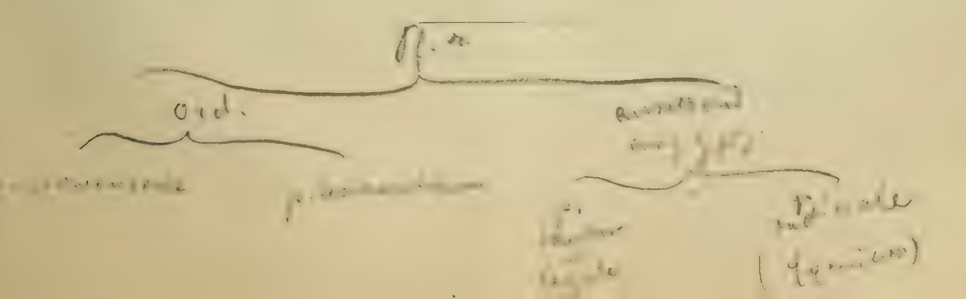
Das Pfandrecht berechtigt den Pfandgläubiger: 1) die Sache zu besitzen, und 2) die Sache zum Zweck seiner Befriedigung zu verwerten (regelmäfsig durch Verkauf der Sache). Das Besitzrecht (petitorisch durch actio in rem hypothecaria, possessorisch durch die Sachbesitzinterdicte geschützt) hat der Pfandgläubiger sofort, wenn ihm die Sache zu Faustpfand gegeben ist; im Fall blofser Hypothek hat der Pfandgläubiger das Besitzrecht erst, sobald die Geltendmachung seines Verwertungsrechts notwendig wird. Das Verwertungsrecht (Verkaufsrecht) hat der Pfandgläubiger immer erst, wenn die Forderung fällig und der Schuldner trotz Mahnung (oder Verurteilung) säumig ist. Aus dem Erlös der Sache befriedigt sich der Pfandgläubiger. Den Überschufs über den Betrag seiner Forderung (die hyperocha) hat er an den Schuldner zurückzugeben (vgl. unten § 66). Die sog. lex commissoria, d. h. die Verabredung, dafs der Pfandgläubiger im Fall der Nichtbefriedigung ipso jure Eigentümer werden solle

(vgl. Anm. 2), ist durch ein Gesetz Kaiser Constantins für ungiltig erklärt worden. Wohl aber kann im Notfall (wenn z. B. der Verkauf unthunlich wäre) dem Pfandgläubiger auf seinen Antrag durch das Gericht das Eigentum an der Sache zu einer bestimmten Taxe zugeschlagen werden (sog. impetratio dominii). Der Überschufs der Taxe über die Pfandschuld bildet dann die hyperocha. Ist das Pfand als antichretisches Pfand (antichresis) gegeben, so hat der Pfandgläubiger aufser Besitz- und Verkaufsrecht auch das volle Genufs- und Fruchtziehungsrecht (anstatt der Zinsen der Pfandschuld).

Der Eigentümer der Pfandsache kann das Eigentum weiter veräufsern (jedoch bleibt natürlich das dem Gläubiger bereits eingeräumte Pfandrecht auch dem neuen Eigentümer gegenüber bei Bestand). Ebenso kann der Eigentümer die bereits verpfändete Sache auch an andere weiter verpfänden. Auch durch Gesetz können mehrere Pfandrechte nach einander entstehen. Dann ist immer der nachstehende Pfandgläubiger zur Ausübung seines Pfandrechts erst berechtigt, nachdem der vorgehende befriedigt worden ist. Über die Priorität entscheidet grundsätzlich die Zeit der Entstehung (prior tempore potior est jure), ein Grundsatz, der jedoch zu Gunsten der sog. privilegierten Pfandrechte (z. B. zu Gunsten der Steuerforderung des Fiscus) vom römischen Recht mit Ausnahmen durchbrochen worden ist.

Ist die Pfandschuld bezahlt, oder der Gläubiger durch Verwertung (Verkauf) des Pfandes befriedigt worden, so erlischt das Pfandrecht. Solange die Pfandschuld aber nicht voll bezahlt ist, bleibt immer das ganze Pfand für den Restbetrag verhaftet (pignoris causa est individua). Der Verkauf des vorgehenden Pfandgläubigers hebt auch die nachstehenden Pfandrechte auf. Für letztere tritt die hyperocha, welche der vorgehende Pfandgläubiger herauszugeben hat, an die Stelle des Pfandobjects.

L. 1 C. si antiquior creditor (8, 20) (ALEXANDER): Si vendidit is, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest.



Drittes Capitel.

Obligationenrecht.

I. Begriff und Inhalt des Forderungsrechts.

§ 60.

Begriff des Forderungsrechts.

Das Forderungsrecht (des classischen römischen Privatrechts) ist das Recht auf eine fremde Handlung von Vermögenswert. Es richtet sich immer nur gegen eine bestimmte Person, den Schuldner (debitor). Das Eigentum kann ich gegen jeden Dritten geltend machen, das Forderungsrecht aber aus dem Kaufgeschäft nur gegen den Verkäufer, aus dem Mietvertrag nur gegen den Vermieter u. s. w. Die Forderungsrechte sind bloſs relativ wirksame Rechte.

Die Obligation, welche sie in der Person des Schuldners hervorbringen, ist keine Subordination. Dadurch unterscheiden sich die Forderungsrechte von den Familienrechten und von den öffentlichen Regierungsrechten, deren Wirkung Subordination ist. Der Schuldner bleibt dem Gläubiger gegenüber frei und ihm ebenbürtig. Er kann durch keine private Zwangshandlung des Gläubigers zur Erfüllung gezwungen werden, sondern nur durch den Staat (auf Klage des Gläubigers).

Weil die Obligation nicht Subordination ist noch sein soll, beschränkt sie sich auf Handlungen von Vermögenswert. Das gesamte Gebiet persönlichen Handelns soll von der Obligation nicht ergriffen werden können. Der Schuldner wird in letzter Instanz von jeder Obligation frei, wenn er den entsprechenden Teil seines Vermögens aufopfert, um den Gegner zu entschädigen. Die Obligation ist ein Minus nicht in seiner Freiheit, sondern nur in seinem Vermögen.

L. 3 D. de O. et A. (44, 7) (Paulus): Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

L. 9 § 2 D. de statu lib. (40, 7) (ULPIAN.): Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.

§ 61.

Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.

Wie ein Miteigentum (S. 204), so giebt es auch eine Mitverpflichtung und ein Mitforderungsrecht mehrerer (Correalobligation). Mitschuldner heifsen plures rei promittendi (sog. passive Correalobligation), Mitgläubiger heifsen plures rei stipulandi (sog. active Correalobligation). Wie das Miteigentum das gemeinsame Eigentum mehrerer an derselben ganzen Sache, so bedeutet die Correalobligation die gemeinsame Verpflichtung (Berechtigung) mehrerer auf dieselbe ganze Leistung.

Ein Beispiel der Correalobligation ist die Bürgschaft (fidejussio, § 67 I 3). Der Bürge haftet mit dem Hauptschuldner für dieselbe ganze Schuld. Neben der Bürgschaft ist der gemeinsame Vertrag mit Beredung der Gesamthaftung[1]) der wichtigste Entstehungsgrund einer Correalobligation. Beispiel: A und B mieten gemeinsam ein Zimmer (oder empfangen gemeinsam ein Darlehn, oder ein Commodat u. dgl.) und verpflichten sich beide für den ganzen Mietpreis (für das ganze Darlehn, für die Rückgabe der ganzen Sache u. s. f.); es ensteht eine passive Correalobligation. Oder: A und B vermieten als Miteigentümer gemeinsam das nämliche Haus (geben gemeinsam ein Darlehn u. s. f.) mit der Beredung, dafs jeder auf die ganze Forderung berechtigt

---

[1]) Der gemeinsame Vertrag als solcher verpflichtet, bezw. berechtigt die Mitpaciscenten nur pro parte (so die gemeinsame Miete, das gemeinsame Darlehn u. s. f.). Es entsteht dann also eine Reihe von Verpflichtungen (bezw. Berechtigungen) je auf einen Teil, welche nichts mit einander gemeinsam haben. Nur der gemeinsame Vertrag, zu welchem die Beredung der Gesamthaftung, bezw. der Gesamtberechtigung (je auf das Ganze) hinzutritt, erzeugt eine Correalobligation. Bei den Römern war das gebräuchliche Mittel für die Erzeugung einer Correalobligation die gemeinsame Stipulation des nämlichen Schuldobjects, vgl. die unten S. 256 abgedruckte Stelle pr. I. de duobus reis (3, 16). Daher die Bezeichnung der Correalschuldner als duo pluresve rei promittendi, der Correalgläubiger als duo pluresve rei stipulandi.

sein soll; es entsteht eine active Correalobligation[2]). In all diesen Fällen sind die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Schuld auf das Ganze nur einmal gegeben: durch das Mittel des Vertrages (bezw. der Bürgschaft) entsteht dennoch formell eine Mehrheit von Verbindlichkeiten (Forderungsrechten), eine Vervielfältigung der Obligation, eine Herstellung derselben Obligation in mehreren Exemplaren. Nicht damit der Gläubiger dasselbe Ganze mehrmals bekomme, sondern nur zu seiner Sicherstellung (mehrere Schuldner haften ihm für dieselbe Schuld) und zum Zweck der Erleichterung der Rechtsverfolgung (es bedarf nur einer Klage)[3]). Die Correalobligation ist eine Mehrheit von Obligationen bei wirtschaftlicher Einheit der Obligation. Und wie wirtschaftlich, so bildet die Correalobligation auch rechtlich eine Einheit, dadurch nämlich, dafs die Mehrheit von Obligationen rechtlich eine gemeinsame Obligation der mehreren Teilhaber darstellt. Wie beim Miteigentum dieselbe Sache mehrere Eigentümer, so hat bei der Mitschuld dieselbe Obligation

---

[2]) Andere Fälle der Correalobligation sind: argentarii socii (die offenen Gesellschafter eines Bankiergewerbes) sind aus den Contracten jedes einzelnen socius correal berechtigt, bezw. verpflichtet; Miteigentümer eines Sklaven (bezw. eines schädigenden Tieres) haften der Noxalklage (bezw. der actio de pauperie, vgl. § 73 unter 5) gegenüber correal. Auch das alternative Vermächtnis (z. B. heres meus aut Titio aut Maevio decem dato, oder: Lucius heres meus aut Maevius heres meus Sejo decem dato) erzeugt eine Correalobligation, vgl. z. B. l. 8 § 1 D. de legat. I (30). Darin liegt, dafs das alternative Vermächtnis als gemeinsames Vermächtnis behandelt, also aut = et geachtet werden soll, wie in l. 9 pr. D. de duob. reis (45, 2) und in l. 4 C. de verb. sign. (6, 38) ausdrücklich gesagt wird. Die Correalität bedeutet nicht Alternativität, sondern Gemeinsamkeit der Berechtigung, bezw. der Verpflichtung, und möchten also vielleicht von diesem Gesichtspunkt aus die beiden zuletzt citierten, oft hart angefochtenen Quellenzeugnisse ihre Erklärung finden. — Ihren Ausgangspunkt scheint die Idee der Correalobligation auf dem Gebiet des Sacralrechts genommen zu haben. Die ältesten correi sind Convoventen, Conjuranten, Conspondenten, Leist, Gräco-italische Rechtsgesch. S. 231: die mehreren sind den Göttern gemeinsam zur Erfüllung „desselben“ Gelübdes verpflichtet.

[3]) Bei der passiven Correalobligation wird regelmäfsig der Gesichtspunkt der Sicherstellung, bei der activen Correalobligation der Gesichtspunkt der Erleichterung der Rechtsverfolgung überwiegen: jeder Correalgläubiger (z. B. der argentarius socius) kann das Ganze einklagen, ohne Vollmacht von dem anderen beibringen zu müssen.

mehrere Schuldner bezw. Gläubiger. Nur dafs beim römischen Miteigentum das Quotenprincip gilt (jeder Teilhaber kann das Eigentum nur zu seinem Teile geltend machen), bei der Mitschuld aber Correalprincip: jeder Teilhaber ist auf das Ganze berechtigt bezw. verpflichtet. Die Idee der Rechtsgemeinschaft bezw. Pflichtgemeinschaft wirkt hier wie da[4]). Daher bezeichnen die Römer die Correalobligation als una obligatio (communis obligatio) und die Correalbeteiligten als solche, welche unius loco habentur (ejusdem obligationis participes, ejusdem obligationis socii). Die Correalobligation ist eine Mehrheit von Obligationen kraft Obligationsgemeinschaft.

Von der Correalobligation ist die Solidarobligation zu unterscheiden. Die solidarische Obligation bedeutet getrennte Haftung mehrerer auf denselben Gegenstand. Der Normalfall der Solidarobligation ist das gemeinsame Delict (z. B. gemeinsame Sachbeschädigung, gemeinsamer Diebstahl)[5]). Soferne die Obligation auf Schadensersatz geht, entsteht eine solidarische

[4]) Die Berechtigung nach Quoten ist keineswegs die einzige mögliche Form der Rechtsgemeinschaft. Es ist ebenso wohl möglich das Correalprincip und das Gesamthandprincip. Das Correalprincip bedeutet, dafs jeder Teilhaber das ganze Rechtsverhältnis allein zu vertreten befugt, beziehungsweise verpflichtet ist, das Gesamthandprincip dagegen, dafs nur die sämtlichen Teilhaber gemeinsam zur Rechtsausübung berechtigt, zur Leistung verpflichtet sind. Das Correalprincip schliefst materiell (nicht formell) Stellvertretung der Genossen durch jeden Teilhaber in sich (unius loco habentur) und ist seinerseits wiederum mannigfacher Modificationen fähig, indem die Stellung der einzelnen Teilhaber nicht immer genau die gleiche ist. So ist es z. B. ein Ausdruck der deutschen ehelichen Gütergemeinschaft, dafs über das gemeinsame Mobiliarvermögen Mann und Frau jeder allein giltig verfügen können, aber der Mann unbeschränkt, die Frau nur soweit es zur Verwaltung von Küche und Keller notwendig ist (modificiertes Correalprincip), während für das gemeinsame Immobiliarvermögen Gesamthandprincip zu gelten pflegt: Mann und Frau können nur gemeinsam über die gemeinschaftlichen Grundstücke verfügen. Vgl. A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. 1 S. 224.

[5]) Überhaupt die gemeinsame Verschuldung. Mehrere Vormünder für dieselbe Vormundschaft, mehrere Beamte für dieselbe Verwaltung haften solidarisch für den von dem einzelnen verschuldeten Schaden, weil jeder bei Verschuldung des anderen mitverschuldet ist. In allen diesen Fällen entstehen passive Solidarobligationen. Doch giebt es auch active Solidarobligationen, vgl. Jhering in seinen Jahrb. für Dogmat. Bd. 24 S. 129 ff.

Obligation: die Mitdelinquenten sind sämtlich auf Ersatz desselben ganzen Schadens verpflichtet[6]). Die wirtschaftlichen Motive, welche die Schuld hervorbringen, sind in der Mehrzahl vorhanden (für jeden Mitdelinquenten ganz), denn jeder Mitthäter hat den ganzen Schaden verschuldet. Die Mehrzahl der Obligationen entspricht der Mehrzahl der materiellen Obligationsgründe. Für jeden einzelnen ist die Verbindlichkeit auf das Ganze vollständig motiviert. Daher die Selbständigkeit, Getrenntheit der Haftung, trotz der Identität des Gegenstandes. Solidarobligation ist eine Mehrheit von Obligationen auf denselben Gegenstand ohne Obligationsgemeinschaft[7]).

Der Unterschied der Correal- und der Solidarobligation wird praktisch namentlich sichtbar an den Rechtssätzen über die Aufhebung des Verhältnisses. Die Solidarobligation wird für alle Beteiligten nur durch Zahlung (oder was der Zahlung gleichsteht), d. h. nur durch materielle Befriedigung des Gläubigers aufgehoben. Kraft der Identität des Gegenstandes werden durch einmalige Leistung dieses Gegenstandes auch die übrigen solidarisch Verpflichteten frei: ist der Schade dem Beschädigten einmal ersetzt worden, so kann er nicht nochmals von den anderen

---

[6]) Soferne die Delictsobligation dagegen auf Strafzahlung geht (z. B. beim furtum auf das duplum oder quadruplum, vgl. § 72), entsteht keine Solidarobligation, sondern selbständige Obligationen, deren Gegenstand zwar gleich grofs (das duplum), aber nicht identisch ist. Jeder Mitthäter des Diebstahls hat daher seine Strafe voll zu zahlen (damit jeder bestraft werde), während durch einmalige Leistung des Schadensersatzes die übrigen befreit werden.

[7]) Die obige Darstellung folgt dem geistvollen Aufsatz von Unger über passive Correalität und Solidarität in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 22 (1884) S. 207 ff. Gegen dessen Auffassung polemisieren Hölder (Zwei Abhandlungen aus dem römischen Rechte, Festschrift für Scheurl 1884, S. 31 ff.; dawider Unger in Jherings Jahrb. Bd. 23 S. 106 ff.) und Waldner, Die correale Solidarität (1885). Nach Hölder ist die Correalobligation ein Mehrheit von Obligationen mit fingierter Identität (Einheit) derselben: die mehreren Schuldner (Gläubiger) werden für diese Obligation rechtlich als mit einander identisch behandelt. Nach Waldner bedeutet die Correalobligation eine Mehrheit von Obligationen, aus welchen die einzelnen teils für sich, teils für die anderen („mit und für einander") verpflichtet, bezw. berechtigt sind.

Schadensersatz verlangen; er hat ja keinen Schaden mehr. Die Correalobligation aber wird für alle Beteiligten nicht bloſs durch Zahlung, sondern durch jeden, auch den rein formalen Aufhebungsgrund aufgehoben, welcher das Dasein der gemeinsamen Obligation berührt, so z. B. durch acceptilatio oder litis contestatio. Ist dem Bürgen durch acceptilatio (formellen Erlaſsvertrag, unten § 76) die Schuld erlassen worden, so kann auch vom Hauptschuldner nichts mehr gefordert werden. Hat der eine von den zwei correalen Darlehnsgläubigern aus dem Darlehn Klage erhoben, so wird durch seine litis contestatio (vgl. oben S. 185 a. E.) das Klagerecht auch für den anderen consumiert, und wird auf Grund des ihm gegenüber erstrittenen Urteils auch dem anderen gegenüber exceptio rei judicatae gegeben. Wie in Bezug auf die Berechtigung und Verpflichtung, so gilt auch in Bezug auf die Aufhebung kraft der Rechtsgemeinschaft Correalprincip (Stellvertretungsprincip): jeder Correalbeteiligte vertritt die ganze Obligation.

Das Correalprincip hat im Lauf der römischen Rechtsentwickelung Abschwächungen erfahren. So gab Hadrian mehreren Mitbürgen die exceptio divisionis (das Recht, daſs jeder nur auf einen Teil verklagt werde, unten § 67 I 3) und ward dies sog. beneficium divisionis von Justinian durch Nov. 99 auch den vertragsmäſsigen Correalschuldnern eingeräumt, welche materiell an der Schuld nur zu einem Teil interessiert sind (z. B. bei gemeinsamer Miete, gemeinsamem Darlehnsempfang u. s. f.). Dadurch wurde insoweit an Stelle des Correalprincips das Quotenprincip (wie beim Miteigentum) gesetzt. Demgemäſs hat Justinian durch l. 28 C. de fidejussoribus (8, 40) für die passive Correalobligation die zerstörende Kraft der litis contestatio aufgehoben: durch die Klage gegen den einen Mitschuldner wird die Klage gegen den anderen noch nicht consumiert. Aber es bleibt bei der passiven wie bei der activen Correalobligation der Satz, daſs das im Proceſs mit dem einen correus erstrittene Urteil die exceptio rei judicatae zu Gunsten wie zu Lasten auch der übrigen correi hervorbringt. Die Correalobligation bedeutet nach wie vor eine Reihe mit einander verbundener, die Solidarobligation aber eine Reihe neben einander selbständiger Obligationen. Immer ist bei der Correalobligation die Verpflichtung

des einen den Wirkungen von Handlungen auch der anderen unterworfen: der Correalgläubiger kann sein Recht durch Verzicht des anderen, durch unglückliche Proceſsführung des anderen verlieren; der Correalschuldner steht auch für die culpa ein, welche seinem Mitschuldner zuzurechnen ist. Die Solidarobligation aber ist den Wirkungen fremder Handlungen (z. B. der Proceſsführung mit dem anderen Solidarschuldner u. s. w.) nicht ausgesetzt: nur wo ihr Gegenstand (durch Zahlung, materielle Befriedigung) verschwunden ist, hört sie (kraft ihres eigenen Inhalts) auf, zu existieren. Noch für das Justinianische wie für das heutige Recht besteht der Gegensatz, daſs die Correalobligation gemeinsame, die Solidarobligation aber getrennte Haftung bedeutet[8]).

L. 3 § 1 D. de duob. reis (45, 2) (ULPIAN.): Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti; hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus, possitque ab alterutro peti; et partes autem a singulis peti posse, nequaquam dubium est; quemadmodum et a reo et fidejussore petere possumus. Utique enim, cum una sit obligatio, una et summa est; ut, sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur uni, ab altero liberatio contingat.

pr. I. de duob. reis (3, 16): Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat SPONDEO, ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: UTRIQUE VESTRUM DARE SPONDEO. Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: MAEVI, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? SEI, EOSDEM QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? respondeant singuli separatim SPONDEO.

§ 4 I. de fidej. (3, 20): Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. Sed ex epistula divi Hadriani compellitur creditor, a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere. Ideoque, si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. Sed, et si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detri-

---

[8]) Vgl. zu dem obigen Jhering a. O. (oben Note 5) S. 185. 186.

mentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit, et sibi imputare debet, cum potuerit adjuvari ex epistula divi Hadriani et desiderare, ut pro parte in se detur actio.

§ 62.
Inhalt der Obligation.

Das Forderungsrecht geht entweder auf dare, d. h. auf Verschaffung des Eigentums oder eines civilrechtlichen jus in re (Servitut), oder auf facere (irgend eine andere Handlung). Im ersteren Fall ist der Wert der Obligation sichtbar für das Civilrecht; er deckt sich mit dem Wert des Objects der Leistung (der Sache, bezw. der Servitut): die obligatio dandi ist eine certa obligatio (mit objectiv gegebenem, wahrnehmbarem, begrenztem Wert). Wird dagegen eine andere Leistung geschuldet (z. B. Dienstleistung, Bauen eines Hauses, Restitution einer Sache, welche mir bereits gehört, oder Verschaffung eines civilrechtlich nicht anerkannten Rechts an der Sache, z. B. einer superficies), so ist der Wert der Obligation nicht sichtbar für das Civilrecht; er ist nicht ausgesprochen in dem Wert des Objects der Leistung: die obligatio faciendi ist eine incerta obligatio mit nicht gegebenem, nicht wahrnehmbarem, nicht durch den Inhalt der Beredung fest begrenztem Wert.

Die Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums an einer nur alternativ oder nur generell bestimmten Sache ist nicht Verpflichtung direct zur Verschaffung des Eigentums, sondern zunächst zur Auswahl, und daher keine obligatio dandi, sondern obligatio faciendi, eine incerta obligatio: es ist kein Object da, in welchem der Wert der Verpflichtung gegeben und sichtbar wäre. Dagegen ist die Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums an einer Quantität Fungibilien (z. B. 100 Hektoliter Weizen) eine obligatio dandi und obligatio certa: der Wert dieser Leistung ist in jeder Quantität dieser Art sichtbar, und das Auswählen, welches bei der alternativen oder generischen Obligation auf Leistung von Nichtfungibilien den nächsten Gegenstand der Verpflichtung bildet, ist hier unerheblich (tantundem ejusdem generis est idem, vgl. oben S. 203): es besteht hier eine Obligation direct auf Verschaffung von Eigentum.

§ 63.

Stricti juris negotia und bonae fidei negotia.

Die Contracte sind teils darauf angelegt, eine bestimmte, genau begrenzte, teils darauf angelegt, eine unbestimmte, unbegrenzte und (im voraus wenigstens) unbegrenzbare Verpflichtung zu erzeugen. Der ersteren Art sind die stricti juris negotia, der zweiten Art die bonae fidei negotia.

Stricti juris negotia sind diejenigen Contracte, welche genau zur Leistung des Versprochenen verpflichten (so z. B. die römische stipulatio, welche dem heutigen Wechsel vergleichbar ist, vgl. unten § 67). Sie werden dem Buchstaben nach ausgelegt. Was nicht versprochen ist, wird auch nicht geschuldet. Die Obligation ist ihrem Inhalt nach berechenbar, bestimmt. Ist das dare einer certa res durch negotium stricti juris zugesagt worden, so besteht im vollen Sinne des Wortes eine certa obligatio: es wird nichts weiter geschuldet, als was zugesagt ist.

Dagegen sind die bonae fidei negotia Contracte, welche nicht zur Leistung des Versprochenen, sondern vielmehr zur Leistung alles dessen verpflichten, was nach Treu und Glauben in solchem Fall gefordert werden kann (was mehr und auch weniger sein kann als das Versprochene). Hier entsteht eine unberechenbare, nach Umständen verschieden sich bestimmende Verpflichtung: die Obligation ist immer eine incerta, wenn auch das ausdrücklich gegebene Versprechen direct auf dare einer certa res lautete (z. B. beim Tausch). Es wird stets geschuldet: quidquid dare facere oportet ex bona fide (vgl. S. 166).

Die bonae fidei negotia (z. B. Kauf, Tausch, Miete, Societät) verpflichten, ohne Rücksicht darauf, ob dergleichen ausdrücklich zugesagt wurde oder nicht:

1) zur Sorgfalt (diligentia), und zwar regelmäfsig zu omnis (oder summa) diligentia, oder, wie es auch heifst, zur diligentia diligentis (oder, was dasselbe ist, diligentissimi) patrisfamilias, d. h. zu der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes. Wird diese Sorgfalt versäumt (sog. culpa levis), so mufs dem anderen dafür Schadensersatz geleistet werden. Nur ausnahmsweise wird lediglich für absichtliche, böswillige Beschädigung (dolus) und für jedes die Absicht notwendig in sich schliefsende grobe Verschulden

culpa – Fahrlässigkeit

(culpa lata) gehaftet. Die einzelnen Fälle dieser Art werden unten in der Lehre von den einzelnen Contracten namhaft gemacht werden.

2) zu vollem Schadensersatz für den Fall der versäumten oder der ungenügenden, oder der gar nicht erbrachten Leistung. Der Schuldner hat das quanti ea res est, d. h. allen direct durch verschuldetes Unterbleiben oder verschuldete Mangelhaftigkeit der Leistung dem Gläubiger zugefügten Schaden (das sog. Interesse) zu ersetzen. Im Fall des Verzuges (mora) schuldet er das Verzugsinteresse (Verzugszinsen). Anders bei den negotia stricti juris, oben S. 170.

Für Zufall (casus) hat der Schuldner dagegen nicht zu haften (casus a nemine praestatur). Zufall im Sinne des Contractsrechts ist alles, was ohne Verschulden des Schuldners sich ereignet. So kann ihm durch Zufall die Leistung unmöglich gemacht werden (z. B. die zu leistende Ware geht unter), und wird er dann befreit. Nur der Schuldner, welcher in mora solvendi ist, soll zur Strafe auch für casus einstehen, d. h. durch casus nicht befreit werden, sondern das Interesse leisten.

II. Entstehung der Forderungsrechte.

§ 64.

Contracte und Delicte.

Die Obligation entsteht entweder durch Consenserklärung (Contract), d. h. kraft des Willens des Schuldners, oder durch Rechtswidrigkeit (Delict), d. h. gegen den Willen des Schuldners.

Neben den Contractsobligationen stehen die Fälle der obligationes quasi ex contractu, welche aus contractsähnlichen Thatbeständen, — neben den Delictsobligationen stehen die Fälle der obligationes quasi ex delicto, welche aus delictsähnlichen Thatbeständen hervorgehen.

A. Contractsobligationen.

§ 65.

Einleitung.

Das römische Recht hat zu allen Zeiten daran festgehalten, dafs nicht jedes Schuldversprechen rechtlich giltig und klagbar sei, dafs vielmehr ein bestimmter Rechtsgrund (causa civilis) hinzukommen müsse, um das Versprechen für das Recht giltig und klagbar zu machen. Daher der engere Begriff des Ausdrucks contractus in römischem Sinn. Contract ist nicht jede obligatorische Consenserklärung, sondern nur die kraft Civilrechts klagbare obligatorische Consenserklärung.

Die Klagbarkeit des Schuldversprechens kann nach Civilrecht begründet werden entweder re, d. h. dadurch, dafs zu dem obligatorischen Consens eine Leistung hinzutritt, auf Grund deren nun die Gegenleistung gefordert wird (Realcontracte, unten § 66), oder verbis, d. h. dadurch, dafs der obligatorische Consens in bestimmter Wortform, nämlich in Frage- und Antwortform erklärt wird (Verbalcontract, unten § 67), oder litteris, d. h. dadurch, dafs der obligatorische Consens durch Eintragung in das Hausbuch verlautbart wird (Litteralcontract, unten § 68). Oder endlich: ausnahmsweise kann der obligatorische Consens auch ohne weitere Voraussetzung klagbar sein (sog. Consensualcontracte, unten § 69).

Aus dem gesagten ergeben sich die vier Arten der Contracte, welche das römische Contractssystem ausmachen.

Die älteste Zeit war nicht so reich an Contractsformen gewesen.

Im altrömischen Recht steht im Vordergrund das nexum, d. h. das solenne Darlehen, welches per aes et libram, vor fünf Zeugen, unter Zuziehung eines libripens mit feierlichen Worten (damnas esto dare) gegeben wurde (oben S. 27). Der Darlehnsschuldner haftet kraft der in dem nexum liegenden Selbstverpfändung (er ist „nexus", da er das „damnas esto" über sich sprechen läfst) mit seinem Leibe für die Rückzahlung der Darlehnsschuld. Gegen ihn kann sofort das Executionsverfahren

durch manus injectio (vgl. oben S. 144. 187) eröffnet und er vom Gläubiger (wenn niemand auftritt, um den Schuldner in libertatem zu vindicieren) in die Schuldknechtschaft abgeführt werden. Um dieser strengen Execution willen erhielt sich das nexum auch noch, nachdem das geprägte Geld eingeführt und also dem durch den libripens zugewogenen Stück aes der Geldwert genommen war. Die reelle Darlehnszahlung lag jetzt ausserhalb des nexum, aber die Form des nexum gab dem gegebenen Darlehn die volle Executivkraft des alten Rechts. Als dann durch eine lex Vallia dem nexum die strenge Wirkung der Personalhaft genommen war, kam dasselbe aufser Übung. Es blieb allein das formlose Darlehn (mutuum) übrig, dem direct die Klagbarkeit zuerkannt wurde, — ein Realcontract im Stil des sich entwickelnden neuen Rechts (jus gentium), nur noch darin alte Erinnerungen bewahrend, dafs er als stricti juris negotium behandelt wurde: der Darlehnsschuldner war als solcher nur genau zur Rückzahlung der empfangenen Summe verpflichtet, nie zu mehr (also z. B. nie zur Zinszahlung, vgl. unten § 67), nie zu weniger.

Neben dem nexum kam als andere Contractsform, mit ganz anderen Zwecken, die mancipatio fiduciae causa auf, aus welcher die actio fiduciae, eine actio bonae fidei, hervorging (oben S. 37). Wie die mancipatio fiduciae causa den Pfandcontract (oben S. 245), so konnte sie auch das Depositum (dem Freund ward die Sache fiduciae causa mancipiert), das Commodat, überhaupt alle solche Contracte ersetzen, wo eine Sache hingegeben werden sollte unter Vorbehalt der Pflicht zur Rückgabe (z. B. Mandat, Miete). In all diesen Fällen war nur das unbequem, dafs der Empfänger, welcher dem wirtschaftlichen Erfolg nach nicht Eigentümer, sondern nur Pfandgläubiger oder Depositar oder Commodatar u. s. w. sein sollte, doch durch die mancipatio formell zum Eigentümer gemacht werden mufste. Infolge dessen hatte der Hingebende immer nur ein persönliches Rückforderungsrecht gegen den ersten Empfänger oder dessen Erben (ein blofses Forderungsrecht), denn das Eigentum hatte er ja durch Mancipation aufgegeben. Wie nun anstatt der mancipatio zu Pfandzwecken später direct die blofse Bestellung eines Pfandrechts als giltig anerkannt ward, so ward auch die blofse Hingabe (ohne Mancipation, also ohne Eigentumsübertragung) für genügend gehalten, um ein

Forderungsrecht auf Rückgabe (des Commodats, des Depositums) zu erzeugen. An Stelle der mancipatio fiduciae causa trat eine Reihe von Realcontracten (Commodat, depositum, pignus), welche alle ihr ursprüngliches Wesen darin beibehalten haben, daſs sie bonae fidei negotia sind.

Nexum und mancipatio fiduciae causa waren der Urquell der Realcontracte. Neben denselben trat die sponsio (ursprünglich ein feierliches Gelübde mit eventueller Selbstverwünschung, oben S. 38) in den Rechtsverkehr ein, und fand, indem der alte sacrale Act durch bloſs verbale Handlung (Frage- und Antworthandlung: spondesne? spondeo) ersetzt wurde, als der Verbalcontract des römischen Rechts (stipulatio) rechtliche Wirkung.

Der Litteralcontract ist offensichtlich im Anschluſs an das Darlehn verhältnismäſsig früh ausgebildet. Die Eintragung in das Hausbuch, daſs dem Gegner eine Summe ausgezahlt sei (expensilatio), ursprünglich nur dem Beweise dienend, ward zu einem selbständig wirksamen Verpflichtungsact. Wie mutuum und stipulatio, so erzeugt auch die expensilatio eine obligatio stricti juris: das Darlehn (nexum) und das sacrale Gelübde (sponsio) erscheinen als der Urquell der negotia stricti juris, wie die fiducia als der Ursprung der negotia bonae fidei.

Das Aufkommen der sog. Consensualcontracte, d. h. der Ausnahmsfälle, wo der bloſse Consens zur Verpflichtung genügt, hängt mit dem siegreichen Vordringen des jus gentium zusammen (oben S. 38 ff.). Das formlose Rechtsgeschäft fing naturgemäſs zuerst auf dem Gebiet des Obligationenrechts an, die ihm einwohnende Naturkraft geltend zu machen. Gegen Ende der Republik war für die wichtigsten Geschäfte des alltäglichen Verkehrs: Kauf, Miete, Societät, Mandat, ihre Giltigkeit ohne Rücksicht auf die Form bereits zum Durchbruch gekommen.

§ 2 I. de oblig. (3, 13): Aut enim ex contractu sunt (obligationes), aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de his, quae ex contractu sunt, dispiciamus. Harum aeque quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu.

Varro de ling. lat. VII § 105: Nexum Mamilius scribit omne, quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius quae per libram et aes fiant, ut obligentur, praeter quae mancipio dentur.

XII tab. VI 1: Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.

Gaj. Inst. IV § 25: Postea lege Vallia, excepto judicato et eo, pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus injectionem agebatur, permissum est, sibi manum depellere et pro se agere.

§ 66.

Realcontracte.

Realcontracte sind diejenigen Contracte, welche auf Grund einer Vorleistung (res) klagbar sind (vgl. § 65).

Das römische Recht unterscheidet zwei Arten von Realcontracten: benannte (Nominatrealcontracte) und unbenannte (Innominatrealcontracte).

I. Benannte Realcontracte sind:

a) Das mutuum (Darlehn). Es kommt zustande durch Übertragung einer Quantität von Fungibilien (oben S. 203) zu Eigentum, unter der Verpflichtung des Empfängers, die gleiche Quantität gleicher Qualität zurückzuzahlen. Das Darlehn ist ein negotium stricti juris, die Darlehnsklage die condictio certi. Der Schuldner wird durch das Darlehn nur genau zur Rückgabe der Capitalschuld, nicht zu mehr oder weniger, insbesondere nicht zur Leistung von Zinsen verpflichtet. Er schuldet weder Verzugszinsen (falls der Schuldner trotz Mahnung des Gläubigers nicht rechtzeitig zahlt), noch vereinbarte Zinsen. Soll der Darlehnsschuldner auch Zinsen schuldig werden, so mufs aufser dem Darlehnscontract noch ein zweiter Contract, nämlich ein Verbalcontract (die Zinsstipulation, vgl. unten S. 267) geschlossen werden.

Das Darlehn an Hauskinder ward durch ein senatusconsultum Macedonianum verboten. Der Prätor gab in solchem Fall gegen die Darlehnsklage die exceptio senatusconsulti Macedoniani (vgl. S. 177).

b) Das commodatum (Leihvertrag) kommt zustande durch die Hingabe einer Sache zu bestimmtem, unentgeltlichem Gebrauch (nicht zu Eigentum). Das Commodat ist ein negotium bonae fidei. Beide Teile sind zu allem verpflichtet, was die bona

fides mit sich bringt: an erster Stelle und auf jeden Fall schuldet der Commodatar, d. h. der Leihempfänger, nämlich die Rückgabe der Sache (gegen ihn geht die actio commodati directa). Nur unter Umständen und daher nicht auf jeden Fall schuldet auch der Commodant, der Verleiher (gegen ihn geht die actio commodati contraria). Auch ist verschieden, was die bona fides von dem einen und von dem andern fordert. Der Commodatar ist an dem Contract interessiert. Er hat den Nutzen von dem Geschäft. Daher haftet der Commodatar, auch ohne es versprochen zu haben, für omnis diligentia (culpa levis, vgl. oben S. 258). Der Commodant dagegen ist an dem Contract nicht interessiert. Er hat nichts von dem Geschäft. Daher haftet er nur für dolus und culpa lata (oben S. 259).

c) Das depositum (Hinterlegungsvertrag) kommt zustande durch die Hingabe einer beweglichen Sache zu unentgeltlicher Aufbewahrung. Das depositum ist ein negotium bonae fidei. Beide Teile sind zu allem verpflichtet, was die bona fides mit sich bringt: an erster Stelle und auf jeden Fall haftet der Depositar, der Empfänger des Depositums, nämlich für die Rückgabe der Sache (gegen ihn geht die actio depositi directa). Nur unter Umständen und daher nicht auf jeden Fall haftet der Deponent, der Hinterlegende (gegen ihn geht die actio depositi contraria). Auch hier ist verschieden, was die bona fides von dem einen und von dem andern fordert. Der Depositar ist an dem Contract nicht interessiert. Er hat nichts von dem Geschäft. Er haftet infolge dessen nur für dolus und culpa lata. Der Deponent dagegen ist allerdings interessiert an dem Geschäft. Seinem Nutzen dient das Depositum. Darum haftet der Deponent dem Depositar für omnis diligentia (culpa levis).

d) Das pignus (Faustpfandcontract) kommt zustande durch Hingabe einer Sache zu Faustpfand. Der Gläubiger erwirbt an der Sache das dingliche Pfandrecht; insofern ist früher (§ 59) von dem pignus die Rede gewesen. Aber aufserdem erwirbt der Schuldner (der Verpfänder) durch Hingabe der Sache ein persönliches Forderungsrecht gegen den Empfänger, nämlich auf eventuelle Rückgabe. Insofern handelt es sich um einen Pfandcontract, und in diesem Sinne ist hier von dem pignus die Rede. Auch das pignus ist ein negotium bonae fidei. Es

verpflichtet beide Teile zu allem, was die bona fides mit sich bringt. An erster Stelle schuldet der Pfandempfänger, nämlich die Rückgabe der Sache, sobald die Pfandschuld getilgt ist, eventuell die Rückgabe des erlösten Überschusses (hyperocha, oben S. 248); gegen ihn geht die actio pignoraticia directa. Nur unter Umständen haftet auch der Pfandgeber (z. B. für Ersatz von Auslagen); gegen ihn geht die actio pignoraticia contraria. In diesem Fall sind am Contract beide Teile interessiert: der eine hat den Credit, der andere die Sicherheit. Deshalb haften beide Teile für omnis diligentia.

II. Aufser den vorhin aufgeführten Realcontracten sind späterhin noch die sog. unbenannten Realcontracte klagbar geworden. Es fand nämlich der Grundsatz Anwendung, dafs überall, wo Leistung gegen Gegenleistung vereinbart war, die Gegenleistung in dem Moment einklagbar werden solle, wo der andere Teil seine Leistung bereits gemacht hatte. Dann ward also geklagt nicht auf Grund des Consenses als solchen, sondern auf Grund der Thatsache, dafs zu dem Consens eine Leistung (res) hinzugetreten war, also auf Grund eines Realcontracts. Weil aber Leistung und Gegenleistung der verschiedensten Art sein konnte, entwickelte sich kein fester Name, welcher alle Fälle zusammengefafst hätte. Daher sprechen wir von unbenannten Realcontracten.

Unter diesem Gesichtspunkt und in dieser Form ward der Tausch (das Wort im weitesten Sinne genommen) bei den Römern klagbar. Man pflegte, je nach der Art von Leistung und Gegenleistung, vier Kategorien zu unterscheiden, welche durch die vier Formeln ausgedrückt werden: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Die Klage auf die Gegenleistung (auf Grund der geschehenen Vorleistung) heifst: actio in factum praescriptis verbis.

——— pr. I. quib. mod. re contrahitur obl. (3, 14): Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. Mutui autem obligatio in his rebus consistit, quae pondere, numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae ejusdem naturae et qualitatis reddantur. Unde etiam mutuum appel-

latum sit, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Ex eo contractu nascitur actio, quae vocatur condictio.

§ 2 eod.: Item is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat. Namque non ita res datur, ut ejus fiat; et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu: nihilo minus obligatus permanet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est . . . Commodata autem res tunc proprie intellegitur, si, nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est. Alioquin, mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.

L. 5 pr. D. de praescr. verb. (19, 5) (Paulus): Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi. Convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres, et ego tuum. Ego manumisi, tu non manumisisti; qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus: aut enim do tibi, ut des; aut do, ut facias; aut facio, ut des; aut facio, ut facias.

§ 67.
Der Verbalcontract.

Der römische Verbalcontract ist die Stipulation. Er kommt verbis, d. h. durch bestimmte Wortform zustande, nämlich durch die Frage- und Antwortform. Der Gläubiger fragt den Schuldner: spondesne mihi centum dare? Der Schuldner antwortet: spondeo. Diese Form der sponsio galt als eigentümlich römisch (als juris civilis) und konnte daher nur unter römischen Bürgern gebraucht werden[1]. Statt spondesne kann es

---

[1]) Über den Ursprung der sponsio aus einem sacralen Act s. oben S. 38 Anm. 12. Die Thatsache, daſs eine solche sponsio ursprünglich nur sittlich (den Göttern gegenüber) verpflichtete, ist noch im classischen römischen Recht an der Unklagbarkeit einzelner Stipulationen, z. B. der Verlobungsstipulation (unten § 79 a. E.), erkennbar.

jedoch auch heifsen: promittisne oder ähnlich (diese anderen Formen galten als juris gentium und konnten daher auch von Peregrinen giltig gebraucht werden). Nach Justinianischem Recht ist es gleichgiltig, welche Worte gebraucht werden. Es genügt und ist notwendig, dafs der obligatorische Consens durch Frage des Gläubigers und entsprechende Bejahung des Schuldners constatiert werde. Dann ist um dieser *Wortform* willen der Contract giltig und klagbar, mag der Schuldner etwas bekommen haben oder nicht. Der Gläubiger braucht weiter nichts nachzuweisen als die abgeschlossene Stipulation; die *verba* sind es, welche den Schuldner obligieren.

Mit diesem Wesen der Stipulation hängt es zusammen, dafs die Stipulation eine zweifache Function hat. Sie dient 1) der *Begründung* einer Schuld; 2) der *Verwandlung* einer Schuld.

I. Der *Begründung* einer Schuld dient die Stipulation, insoferne sie das formlose Versprechen formalisiert. Das formlose Versprechen ist nach römischem Contractsrecht (oben S. 260) als solches klaglos. Das Versprechen wird *klagbar*, sobald es in die Form der Stipulation gekleidet ist. Durch das Mittel der Stipulation kann jedes Versprechen zum Range eines Contracts erhoben werden. Beispiele dieser Art sind die Zinsstipulation, die Stipulation einer Conventionalstrafe, die Bürgschaft.

1) Die *Zinsstipulation*. Das formlose Zinsversprechen des Darlehnsschuldners ist unklagbar (oben § 66). Soll bei Empfang eines Darlehns ein giltiges Zinsversprechen gegeben werden, so bedarf es neben dem Realcontract (mutuum) eines *zweiten* Contracts, des Verbalcontracts der Stipulation. Der Gläubiger fragt den Schuldner: zahlst du mir monatlich so und so viel Zins? Der Schuldner bejaht die Frage. Dann ist der Schuldner zwar nicht re (denn aus dem Darlehnscontract kann er keine Zinsen schuldig werden), aber verbis zur Zahlung der Zinsen klagbar obligiert. Bei den Römern war es üblich, den Zins für den Monat zu berechnen (dafs der Zins monatlich bezahlt ward, ist damit nicht gesagt). So sind centesimae usurae (1 % monatlich) 12 % jährlich; semisses usurae (1/2 % monatlich) 6 % jährlich; trientes usurae (1/3 % monatlich) 4 % jährlich; besses usurae (2/3 % monatlich) 8 % jährlich. Die Zinsstipulation darf ein ge-

wisses Mafs nicht überschreiten. Die zwölf Tafeln setzten als Maximum das foenus unciarium ($^1/_{12}$ des Capitals); dann ward das foenus semunciarium ($^1/_{24}$ des Capitals) als Grenze angesetzt. Seit Ende der Republik wurden die centesimae usurae als gesetzliches Maximum üblich. Justinian hat dann (von einer Ausnahme abgesehen) den höchsten zulässigen Zinsfufs auf semisses usurae angesetzt. Von Zinsen können nicht wieder Zinsen geschuldet werden (Verbot des Anatocismus). Soweit die Zinsstipulation das Zinsmafs überschreitet, ist sie nichtig. Rückständige Zinsen können nur bis zum Betrage der Hauptschuld (also nicht ultra alterum tantum) eingeklagt werden.

2) Die Stipulation einer Conventionalstrafe war im römischen Rechtsleben von grofser praktischer Bedeutung. Sie trat überall da ein, wo eine directe Berechtigung von Civilrechts wegen nicht begründet werden konnte und doch das Bedürfnis nach einer rechtlich sicher gestellten Befugnis vorlag (vgl. z. B. S. 238).

3) Die Bürgschaft (fidejussio) ist der Contract, durch welchen man sich verpflichtet, mit der eignen Persönlichkeit (dem eignen Credit) in eine fremde Verbindlichkeit als Nebenschuldner mit einzutreten[2]). Auch hier wäre ein formloses Versprechen

---

[2]) Anstatt der Bürgschaft diente in ältester Zeit das vadimonium, d. h. das solenne Versprechen einer Conventionalstrafe für den Fall, dafs ein bestimmter anderer eine gewisse Verpflichtung (z. B. zur Zahlung einer Schuld, oder zur Gestellung vor Gericht) nicht erfüllte. Der vas ist nicht Bürge in unserem Sinn, weil er eine neue Verbindlichkeit mit anderem Inhalt als die Hauptverbindlichkeit übernimmt; vgl. Voigt, Die zwölf Tafeln Bd. 2 S. 490 ff. Eine Bürgschaft in unserem Sinn bedeutet dagegen die aus dem altsacralen Gelübde (Anm. 1) hervorgegangene sponsio (idem dare spondes?), welcher dann infolge der Ausbildung der Stipulationsformen die fidepromissio (idem fidepromittis?) zur Seite trat. Die sponsio ist, wie überall, so auch hier, juris civilis, während die fidepromissio (ebenso wie die fidejussio) auch dem Peregrinen zugänglich war. Die jüngste (von vorneherein weltliche) Form ist wahrscheinlich die im Text besprochene fidejussio (idem fide tua esse jubes?), welche dem Justinianischen Recht allein bekannt ist. Sie enthält formell keine sponsio, noch eine promissio, sondern allgemein den Willen (jussio), dafs auf den Credit des Bürgen hin dem Hauptschuldner Credit geschenkt werde. Fidejussio war daher für jede Schuldverbindlichkeit (auch z. B. für die Delictsschuld) möglich, sponsio und fidepromissio aber nur für die Schuld aus dem Verbalcontract (Stipulation). Die Schuld des sponsor und

dieser Art nach Civilrecht ungiltig gewesen. Man gebrauchte daher die Form der Stipulation: centum, quae Titius mihi debet, eadem fide tua esse jubes? Fide mea esse jubeo. Durch solche fidejussio wird der Bürge Correalschuldner (vgl. § 61) neben dem Hauptschuldner, und zwar accessorischer Correalschuldner: er haftet in zweiter Linie. Darum ist die Verpflichtung des Bürgen von dem Dasein der Hauptschuld abhängig, und hat der Bürge ferner (jedoch erst nach Justinianischem Recht, Nov. 4) das beneficium excussionis, d. h. das Recht, zu verlangen, dafs der präsente und solvente Hauptschuldner zuerst ausgeklagt werde. Mehrere Mitbürgen haben nach einer epistola divi Hadriani die exceptio divisionis, d. h. das Recht, zu verlangen, dafs der Gläubiger seine Forderung auf die präsenten und solventen Bürgen verteile (vgl. oben S. 255).

Die Bürgschaft ist eine Art der Intercession, d. h. der Verpflichtung im fremden Interesse. Der Intercessionsbegriff ist dadurch wichtig, dafs den Frauen nicht blofs die Verbürgung, sondern überhaupt die Intercession, also z. B. auch die Befreiung des Schuldners durch Novationsstipulation (s. unten II), die Pfandbestellung, die Aufnahme eines Darlehns im Interesse eines andern, durch senatusconsultum Vellejanum (46 n. Chr.) verboten worden ist. Die Frau, welche aus dem Intercessionsgeschäft (Bürgschaft u. s. w.) verklagt wird, hat die exceptio senatusconsulti Vellejani (vgl. S. 177).

---

fidepromissor war (als ursprünglich lediglich sacrale Verbindlichkeit, vgl. Pernice in den Berliner Sitzungsber. Bd. 51 S. 1191) unvererblich und verjährte (nach der lex Furia de sponsu v. J. 345 v. Chr.) in zwei Jahren; die Verpflichtung des fidejussor war dagegen vererblich und die Klage gegen ihn eine actio perpetua. Dieselbe lex Furia de sponsu bestimmte, dafs unter mehreren Mitsponsoren und Mitfidepromissoren die Bürgschaftsschuld ipso jure nach Köpfen geteilt sei, ohne Rücksicht auf die Solvenz der einzelnen. Mitfidejussoren haften dagegen jeder auf das Ganze. Erst Hadrian gab ihnen das beneficium divisionis, und zwar nur ope exceptionis (vgl. S. 255), und nur mit Rücksicht auf die Solvenz (s. im Text). Vgl. Gaj. III § 115 ff. Alles deutet darauf hin, dafs, während die fidejussio von vorneherein auch nach Begründung der Hauptschuld möglich war, sponsio und fidepromissio ursprünglich nur durch conspondere und conpromittere gleichzeitig mit der sponsio des Hauptschuldners zustande kommen konnten: daher später die Pflicht des Gläubigers zum praedicere, Gaj. III § 123.

II. Der Verwandlung (Novation) einer Schuld dient die Stipulation, wenn bereits eine Schuld vorliegt, aber doch ein Interesse vorhanden ist, durch Stipulation ein neues Schuldverhältnis zu begründen. Dies Interesse kann in einem beabsichtigten Personenwechsel für die Schuld, es kann auch ohne die Absicht eines Personenwechsels gegeben sein. In beiden Fällen spricht man von „Novation“, Erneuerung, Verwandlung der Schuldverbindlichkeit.

1) Die Novation kann einen Personenwechsel herbeiführen: es soll ein anderer Gläubiger, oder es soll ein anderer Schuldner eintreten. Jemand will z. B. für einen andern zahlen, und der Gläubiger ist bereit, diesen andern als seinen Schuldner zu acceptieren. Dann kann der Schuldner, selbst ohne dafs er es weifs, durch das Stipulationsversprechen (sog. expromissio) jenes Dritten von seiner Schuld befreit werden. Die Novationsstipulation hat die Schuld verwandelt: an die Stelle der Darlehnsschuld des A ist jetzt die Stipulationsschuld des B getreten. Gewöhnlich wird der bisherige Schuldner selber bei solchem Rechtsgeschäft beteiligt sein. Er wird etwa jemanden, der seinerseits ihm schuldig ist, anweisen (delegieren), dem Gläubiger durch Stipulation zu versprechen. Umgekehrt kann die Person des Gläubigers wechseln, also die Stipulation zu Gunsten eines neu eintretenden Dritten lauten. Dann ist immer Anweisung (Delegation) seitens des bisherigen Gläubigers nötig, damit durch die neue Stipulation die alte Schuld aufgehoben werde. Die Delegation ist die Anweisung zu einer Leistung (sei es durch dare, oder durch promittere, oder durch liberare) mit Personenwechsel[3]); in den beiden eben besprochenen Fällen geht die Delegation auf promittere und ist sie die Anweisung zu einer Stipulation mit Personenwechsel[4]).

---

[3]) Die Leistung an den Dritten soll so gelten und wirken, als wäre sie dem Deleganten gemacht worden, z. B.: die 100, welche du mir schuldig bist, zahle dem X (Anweisung auf dare); oder die 100, welche du mir schuldig bist, versprich (durch Stipulation) dem X (Anweisung auf promittere); oder: zahle mir 100 dadurch, dafs du dem X die Schuld von 100 erlässest (Anweisung auf liberare).

[4]) Die Delegation führt zu einer Novation also nur, wenn sie 1) auf promittere geht, und wenn sie 2) auf Schuld gezogen ist. Auch das letztere

2) Aber auch ohne Personenwechsel kann die Novationsstipulation einem bestimmten Interesse der Parteien zu dienen bestimmt sein. Es liegt vor eine Schuld aus dem Kaufcontract. Der Kauf ist vollgiltig und klagbar. Aber wenn der Gläubiger aus dem Kauf klagt, mufs er unter Umständen auf das ganze Thatsächliche des Kaufvertragsabschlusses, auf die schon erbrachte fehlerfreie Leistung u. s. w. zurückkommen. Da ist es viel einfacher, zur Stipulation zu greifen. Nachdem das ganze Kaufverhältnis abgewickelt und beide Teile darüber einig sind, dafs nun genau der Kaufpreis von 100 geschuldet wird, fragt der Verkäufer den Käufer: centum mihi dare spondes? — spondeo. Dann ist der Käufer durch Verbalcontract 100 schuldig geworden. Der Gläubiger braucht nur die Stipulation zu behaupten und zu beweisen. Anstatt eines concreten, complicierten, allerlei Einwendungen ausgesetzten, hat er jetzt einen einfachen, unzweideutigen Thatbestand: das abstracte Zahlungsversprechen des Stipulationscontracts. Die Stipulation dient hier nicht dazu, den Consens überhaupt klagbar, aber wohl, ihn in anderer Weise, und zwar in leichterer Weise, klagbar zu machen. Die Novationsstipulation hat die Kraft, die concrete (durch bestimmte wirtschaftliche Thatbestände gegebene) Schuldverbindlichkeit in eine abstracte (aus dem Zusammenhang mit diesen Thatbeständen herausgehobene) zu verwandeln. Dies kann geschehen, wie unter 1) gezeigt ist, indem zugleich ein Personenwechsel in Bezug auf das Schuldverhältnis herbeigeführt wird. Aber es bedarf für die Novation des Personenwechsels nicht. Das blofse Interesse an der Veränderung des Klaggrundes ist genug, um die Novationsstipulation zu veranlassen und zu ermöglichen.

III. Die Stipulation ist ein negotium stricti juris, ein streng einseitig obligatorischer Contract. Es wird genau das Versprochene geschuldet, nicht mehr, nicht weniger. Es wird (wenn es nicht ausdrücklich zugesagt war) keine diligentia, keine Verzugszinsen, überhaupt kein Schadensersatz für irgend ein Interesse, sondern lediglich und genau das Versprochene geschuldet.

---

ist nicht notwendig der Fall. Vielmehr kann die Delegation auch andere Zwecke haben, z. B. dafs dem Deleganten ein Darlehn gegeben werde (es wird auf Credit gezogen), oder dafs ihm geschenkt werde.

Die Klage aus der stipulatio ist eine condictio (eine unsubstanziierte actio stricti juris): die condictio certi, wenn das dare einer certa pecunia, die condictio triticaria, wenn das dare einer anderen certa res, die condictio incerti, wenn ein facere (vgl. oben § 62) durch Stipulation versprochen war. Anstatt der condictio incerti konnte auch die actio ex stipulatu (eine substanziierte actio stricti juris) gebraucht werden[5]).

IV. Adstipulator ist, wer sich im Interesse des Gläubigers durch Stipulation mit versprechen läfst. Er wird Gläubiger (Correalgläubiger) neben dem eigentlichen Gläubiger und hat formell alle Rechte eines Gläubigers, ist aber verpflichtet, diese Rechte nicht zu mifsbrauchen (vgl. unten S. 290 Anm. 4), vielmehr das etwa Empfangene dem eigentlichen Gläubiger (oder dessen Erben) herauszugeben. Sachlich ist der adstipulator also blofser Beauftragter des Gläubigers. Das Recht des adstipulator geht darum durch seinen Tod unter und wird dem Gewalthaber desselben nicht erworben: die adstipulatio des servus ist ungiltig, und die adstipulatio des filiusfamilias ist nur für den Fall wirksam, dafs derselbe ohne capitis deminutio (oben § 24) von der väterlichen Gewalt frei wird. Die adstipulatio wird z. B. gebraucht, um (der Sache nach) einen Stellvertreter zu haben, welcher selbständig gegen den Schuldner vorgehen kann, weil er formell nicht blofser Stellvertreter, sondern selber Gläubiger ist[6]). Oder sie wird

---

[5]) Die condictio nennt in ihrer formula nur das Klagebegehren (certa pecunia, certa res, incertum), nicht den Klaggrund (ob aus Darlehn, Stipulation oder sonst einem Rechtsgrunde geklagt wird), ist also in diesem Sinne unsubstanziiert. In den Fällen, dafs ein certum (certa pecunia oder certa res) durch Stipulation versprochen war, konnte also nur mit solcher unsubstanziierten Klage (condictio) geklagt werden. In den Fällen dagegen, wo ein incertum versprochen worden war, stand dem Kläger neben der condictio incerti die actio ex stipulatu zur Auswahl, eine substanziierte Klage, welche in der formula die Stipulation als Klaggrund nannte (quod A.us de N.o incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem N.um A.o dare facere oportet, condemna). — L. 24 D. de reb. cred. (12, 1): Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia id persequi debet, per quam certum petitur. — Vgl. oben S. 141.

[6]) Namentlich im Handelsverkehr scheint diese Art von Stellvertretung bei den Römern häufig gewesen zu sein. Es gab solche, welche gewerbsmäfsig als Adstipulatoren dienten; M. Rümelin, Zur Geschichte der Stellvertretung (1886) S. 73.

gebraucht, um das im vorjustinianischen Recht bestehende Verbot der stipulatio post mortem (erst nach dem Tode des Stipulanten, also erst an seine Erben soll geleistet werden) zu umgehen: der adstipulator liefs sich versprechen, dafs ihm nach dem Tode des andern geleistet werden solle. Solche Stipulation war vollgiltig. Lebte dann der adstipulator noch im Moment, wo der eigentliche Destinatär der Leistung starb, so klagte der adstipulator die Summe ein und überantwortete sie den Erben des Verstorbenen. In allen Fällen war der adstipulator formell (dem Schuldner gegenüber) Gläubiger, materiell aber (dem eigentlichen Gläubiger gegenüber) blofser Mandatar.

Adpromissor ist, wer im Interesse des Schuldners durch Stipulation mit verspricht. Der Hauptfall der adpromissio ist die vorhin besprochene fidejussio. Wie durch adstipulatio eine active, so kommt durch adpromissio eine passive Correalobligation zustande.

pr. I. de verb. obl. (3, 15): Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulamur. Ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta. Quae hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.

§ 1 eod.: In hac re olim talia verba tradita fuerunt: SPONDES? SPONDEO. — PROMITTIS? PROMITTO. — FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO. — FIDEJUBES? FIDEJUBEO. — DABIS? DABO. — FACIES? FACIAM. Utrum autem latina, an graeca, vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum hujus linguae habeat. Nec necesse est, eadem lingua utrumque uti, sed sufficit, congruenter ad interrogatum respondere; quin etiam duo Graeci latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt; postea autem Leoniana constitutio lata est, quae, sollemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.

§ 13 I. de inut. stip. (3, 19): Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis, quam post mortem ejus, a quo stipulabatur . . . . Sed, cum (ut jam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis, etiam in hunc juris

articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie quam morietur stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio.

Gaj. Inst. III § 110: Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere qui idem stipuletur, quem vulgo adstipulatorem vocamus. § 117: Adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur: [quod] stipulando nihil agimus. Adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat; qui, si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati judicio heredi meo tenetur.

§ 68.

Der Litteralcontract.

Wie heute der Kaufmann seine Handelsbücher, so führte in Rom jeder besser gestellte Bürger seine Hausbücher, und zwar einerseits Bücher, welche der Inventarisierung, andererseits Bücher, welche der Berechnung, und zum dritten Bücher, welche der Veränderung seines Vermögens dienten.

Das Inventar des römischen Hausvaters war sein liber patrimonii (auch libellus familiae genannt): sein „Vermögensbuch“. Hier war sein gesamtes Besitztum an beweglichen und unbeweglichen Sachen nach bestimmten Kategorien (praedia, instrumentum rusticum, supellex, aurum u. s. w.) aufgeführt. Sein gesamtes steuerbares Vermögen, welches er dem Staate eidlich zu declarieren hatte, fand sich hier zusammen. Daneben führte er, gleichfalls lediglich zum Zweck der Inventarisierung, sein Kalendarium (liber kalendarii), d. h. das Buch, in welchem er die von ihm zinsbar ausgeliehenen Capitalien verzeichnete. Die Zinsen pflegten allmonatlich am ersten des Monats (kalendae) gezahlt zu werden. Daher der Name Kalendarium für dies Zinsdarlehensbuch.

Der Berechnung des Wechsels im Vermögensstande diente dagegen der codex rationum (domesticarum), das „Rechenbuch“ des Hausherrn, in welches er Einnahme und Ausgabe eintrug. Dies „Rechenbuch“ hatte eine accepti pagina, auf welcher die Einnahmen, und eine expensi pagina, auf welcher die Ausgaben zusammenstanden. Die accepti ratio (die Summe der auf der

accepti pagina eingetragenen Posten) machte das Soll, Debet; die expensi ratio (die Summe der auf der expensi pagina eingetragenen Posten) machte das Haben, Credit des Hausvaters aus. Aus dem Verhältnis der beiden Summen zu einander ergab sich das Erträgnis der geführten Wirtschaft. In den Händen des Bankiers (argentarius) gestaltete sich dies Rechenbuch (als codex rationum mensae) zum Contocorrentbuch: für jeden Kunden ward eine besondere accepti und expensi pagina geführt. Wie die Einträge in das Inventar, so hatten auch diese Einträge in das Rechenbuch (codex rationum) keine privatrechtliche Wirkung. Sie konnten im Procefs zum Zweck des Beweises gebraucht werden, aber sie waren aufserstande, selber einen Schuldgrund darzustellen. Auf Grund des Eintrags als solchen konnte nicht geklagt werden, sondern nur auf Grund des Rechtsgeschäftes (Kauf, Darlehen u. s. w.), welches in dem Eintrag verlautbart worden war.

Die privatrechtliche Wirkung war der dritten Art von Hausbuch vorbehalten: dem codex accepti et expensi, dem Schuldbuch, welches der römische Hausvater aufser seinem codex rationum führte. Der codex accepti et expensi sollte Veränderungen im Vermögensstande nicht blofs verlautbaren, sondern herbeiführen. Er war das für die Aufnahme der Buchschulden (Litteralcontracte) bestimmte Buch, und enthielt die Eintragungen, welche als solche Rechtswirkung hatten.

Buchschuld ist die Schuld, welche durch Eintragung in das Schuldbuch (den codex accepti et expensi) erzeugt wird. Die Eintragung hat die Form der expensilatio. Der Gläubiger trägt ein, dafs von ihm dem anderen gezahlt sei (expensum ferre). Der Schuldner macht die entsprechende Eintragung, dafs ihm von dem Gläubiger gezahlt sei (expensum referre). Notwendig ist diese schuldnerische Gegen-Eintragung nicht. Es genügt, dafs die gläubigerische Eintragung auf Grund schuldnerischen Willens (jussus) erfolgt ist. Ist die gläubigerische expensilatio auf Grund schuldnerischen Einverständnisses vorgenommen worden, so verpflichtet sie den Schuldner, gleichgut ob eine wirkliche Zahlung vollzogen war oder nicht. Der Schuldner ist litteris, durch die Buchschrift als solche obligiert. Die expensilatio des Schuldbuchs ist garnicht mehr die Eintragung einer Zahlung, einer

Thatsache (was sie ursprünglich gewiſs gewesen war), sondern die Eintragung einer Verbindlichkeit, eines Rechtsverhältnisses. Es wird dem Schuldner durch expensilatio diese Summe zur Last geschrieben: so viel hat er zu zahlen (gleichgut aus welchem materiellen Schuldgrunde), und diese Lastschrift (welche nur noch die Form der Zahlungseintragung hat) ist es, welche ihn zur Zahlung verpflichtet. Der Schuldner haftet nicht aus einem Realcontract (kraft empfangener Zahlung), sondern aus einem Litteralcontract.

Solche Buchschrift erzeugte eine streng einseitige obligatio stricti juris. Die Klage war auch hier eine condictio.

Der Litteralcontract konnte dienen 1) zur Begründung einer Schuld; 2) zur Verwandlung einer Schuld (Novation). Im letzteren Fall hieſs das nomen (der Buchposten) ein nomen transscripticium. Das nomen transscripticium konnte wieder dienen 1) dem Personenwechsel (transscriptio a persona in personam), oder 2) nur dem Wechsel des Schuldgrundes (transscriptio a re in personam). Alles wie bei der Stipulation (S. 270. 271).

Wie die Buchschuld nur durch Eintragung (expensilatio) entstehen, so konnte sie nach altem Recht nur durch Löschung (acceptilatio) getilgt werden (vgl. § 76 I). Die acceptilatio des Schuldbuches (litterale Acceptilation) war das Gegenstück der expensilatio: hier trug der Schuldner die Summe als von dem Gläubiger empfangen ein (acceptum ferre, sc. creditori), und der Gläubiger trug ebenso ein, daſs er die Summe von dem Schuldner empfangen habe (acceptum referre, sc. debitori). Notwendig war diese gläubigerische Gegen-Eintragung nicht. Es genügte, daſs die schuldnerische Eintragung (die acceptilatio) auf Grund gläubigerischen Willens (jussus) erfolgt war. Daſs wirklich die Summe vom Gläubiger empfangen war, sollte damit nicht gesagt werden. Auch die acceptilatio des Schuldbuches ist aus der Bekundung einer Thatsache (was sie zweifellos ursprünglich gewesen war) in die Bekundung eines Rechtsverhältnisses verwandelt worden. Sie besagt die Befreiung des Schuldners von der Schuld, und sie bewirkt diese Befreiung durch den Löschungsact (acceptilatio des Schuldbuches) als solchen, d. h. litteris. So kann durch litterale Acceptilation auch ein Erlaſsvertrag zustande kommen. Aber die befreiende Wirkung solcher Buch-

Acceptilation blieb auf die Buchschuld beschränkt. Nur die zuvor durch expensilatio erzeugte Schuld konnte durch solche acceptilatio aufgehoben werden. Nur was im Schuldbuch (codex accepti et expensi) stand, war der Löschung im Schuldbuch zugänglich.

Eine Anomalie bedeutet das gleichfalls im Schuldbuch vorkommende nomen arcarium, der bloſse „Cassaposten", welcher den Gegensatz zu dem echten Buchposten (nomen schlechtweg) bedeutet. Ein nomen arcarium kommt zustande, wenn in das Schuldbuch ein Darlehen oder Depositum als solches eingetragen wird. Die Schuld bleibt in solchem Fall Darlehensschuld bezw. Depositenschuld, und wird nicht in eine Buchschuld verwandelt. Hier liegt eine unechte expensilatio vor, d. h. die bloſse Bekundung eines obligatorischen Thatbestandes (der geschehenen Darlehenszahlung, der Hingabe des Depositums), eine Eintragung, welche deshalb bloſs Beweiskraft, keine Verpflichtungskraft besitzt, während die echte expensilatio, welche den Litteralcontract hervorbringt, die Eintragung einer Verpflichtung, und zwar grundsätzlich ohne Angabe des Schuldgrundes, also die Eintragung einer abstracten Schuld bedeutet[1]).

[1]) Die Darstellung im Text giebt die neuen Ergebnisse wieder, welche M. Voigt, Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer (Abhandl. der k. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften Bd. 10, 1887, S. 515 ff.), gewonnen hat. — Die früher herrschende Auffassung ruhte hauptsächlich auf den Ausführungen von Keller in Sells Jahrbuch für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts Bd. 1 (1841) S. 93 ff. und in seinen Institutionen (1861) S. 102 ff. Eine Übersicht der verschiedenen Ansichten giebt Danz, Römische Rechtsgeschichte § 151; Baron, Gesch. des röm. Rechts Bd. 1 § 119. — Das wesentlich Neue an den Ergebnissen Voigts ist: 1) der codex rationum und der codex accepti et expensi sind nicht identisch, sondern von einander zu unterscheiden; 2) dem expensum ferre des Gläubigers (in dem codex accepti et expensi) entspricht nicht ein acceptum ferre (wie man bisher annahm), sondern ein expensum referre seitens des Schuldners, und umgekehrt, die acceptilatio wird durch acceptum ferre (nicht expensum ferre) seitens des Schuldners und acceptum referre seitens des Gläubigers bewirkt. Ferre (alicui) bedeutet die Schlechtschrift zu Lasten des andern, referre (alicui) die Gutschrift zu Gunsten des andern. Rechtlich wirksam ist immer nur das ferre (sei es expensum, sei es acceptum ferre); daher die Bezeichnung der beiden Acte als expensilatio und acceptilatio. — Auſser Streit, aber auch juristisch unerheblich ist, daſs den Eintragungen (in den codex accepti wie in den codex rationum)

Im Lauf der Kaiserzeit ist der Litteralcontract aufser Gebrauch gekommen und ward so die Stipulation die einzige Form für die Novation wie für die Klagbarmachung eines sonst klaglosen Consenses.

Gaj. Inst. III § 128: Litteris obligatio fit veluti nominibus transscripticiis. Fit autem nomen transscripticium duplici modo: vel a re in personam, vel a persona in personam. § 129: A re in personam transscriptio fit, veluti si id, quod tu ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. § 130: A persona in personam transscriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.

§ 131 eod.: Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur: in his enim rei, non litterarum obligatio consistit; quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae re facit obligationem. Qua de causa recte dicemus. arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.

§ 69.

Die Consensualcontracte.

In einzelnen Fällen ist nach römischem Civilrecht ausnahmsweise der blofse obligatorische Consens klagbar. Hier gilt also der Satz: consensu contrahitur. Vier solche Consensualcontracte hat das römische Civilrecht anerkannt: Kauf, Miete, Societät, Mandat.

1) Der Kauf (emtio venditio) ist der Contract, durch welchen der eine zur Leistung einer Ware, der andere zur Zahlung einer Geldsumme (des Preises) sich verpflichtet. Der Contract ist giltig in dem Moment, in welchem beide Teile über Ware und Preis sich geeinigt haben; es bedarf weder einer Form, noch einer Leistung von einer Seite: dadurch unterscheidet der Kauf sich vom Tausch (oben S. 265). Der Kauf ist ein

eine vorläufige Eintragung in die adversaria oder ephemeris (Kladde, Tagebuch) vorherzugehen pflegte. Aus dem Tagebuch wurden allmonatlich die betreffenden Einträge in die codices übertragen.

negotium bonae fidei: beide Teile haften nicht blofs für das ausdrücklich Versprochene, sondern für alles, was die bona fides mit sich bringt. Der Käufer also nicht blofs für Zahlung des Preises, sondern auch für Verzugszinsen, überhaupt für allen Schaden, welcher dem Verkäufer durch vertragswidrige Versäumung der Zahlung erwächst. Der Verkäufer haftet nicht blofs für Leistung der Ware (rem tradere), sondern auch für Eviction (rem habere licere), d. h. Schadensersatz, falls Verkäufer nicht Eigentümer oder überhaupt nicht voll an der Sache berechtigt war, und nun dem Käufer durch den dritten Berechtigten die Sache abgestritten wird. Ferner haftet der Verkäufer für omnis diligentia in Bezug auf die Ware und für heimliche Mängel (mochten sie ihm selbst bekannt sein oder nicht). Wegen heimlicher Mängel hatten die curulischen Ädilen, denen die Marktpolizei oblag, Klagen eingeführt, die sog. ädilicischen Klagen, welche gleich den prätorischen zu den actiones honorariae gehören: die actio redhibitoria auf Auflösung des Kaufcontracts und beiderseitige Rückleistung (Redhibition) des Empfangenen (verjährt in sex menses utiles) und die actio quanti minoris auf verhältnismäfsige Preisminderung (verjährt in einem annus utilis). Vgl. oben S. 169. 173 a. E. Im übrigen ist für den Käufer die actio emti, für den Verkäufer die actio venditi die Klage, um die Rechte aus dem Kaufcontract geltend zu machen.

Geht die geschuldete Ware casu vor ihrer Leistung unter, so wird der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit befreit; der Käufer mufs nichtsdestoweniger den Kaufpreis zahlen. Das gleiche gilt, wenn die Ware casu verschlechtert worden ist: der Verkäufer wird frei durch Leistung der verschlechterten Sache; der Käufer zahlt den vollen Kaufpreis. In diesem Sinne trägt der Käufer nach Abschlufs des Kaufvertrags das periculum rei. In gleicher Weise aber kommt ihm auch zugute, was casu zur Ware hinzukommt (z. B. die gekaufte Stute wirft ein Füllen), oder sonst die Verbesserung, Preissteigerung der Ware: cujus periculum, ejus et commodum esse debet.

Laesio enormis liegt vor, wenn unter dem halben Wert verkauft ist. Der Verkäufer hat (nach einem Rescript von Diokletian) dann das Recht, den Kauf rückgängig zu machen, falls der Käufer nicht den vollen Wert nachzahlt.

§ 3 I. de empt. et vend. (3, 23): Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque, si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae, aut arboribus turbine dejectis longe minor, aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet. Nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est.

L. 1 D. de evict. (21, 2) (Ulpian.): Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem.

2) Die *Miete* ist entweder Sachmiete oder Dienstmiete oder Werkmiete.

Die *Sachmiete* (locatio conductio rei) ist der Vertrag über entgeltliche Sachgebrauchsüberlassung. Der Mieter hat die actio conducti; der Vermieter die actio locati.

Die *Dienstmiete* (locatio conductio operarum) ist der Vertrag über entgeltliche Leistung eines Arbeits*quantums*, z. B. der Vertrag mit dem Dienstboten, mit dem Tagelöhner, mit dem Gesellen. Der Arbeitsherr hat die actio conducti, der Arbeitleistende die actio locati.

Die *Werkmiete* (locatio conductio operis) ist der Vertrag über entgeltliche Leistung eines Arbeits*erfolges*, z. B. der Vertrag über Transport von Sachen oder Personen (Frachtvertrag), der Vertrag über Ausbesserung, Bearbeitung, Verarbeitung von Sachen. In diesen Fällen ist der die Arbeit Versprechende selbst zugleich der Arbeits*herr* (der Unternehmer), er hat dem anderen nicht sich unterzuordnen noch seinen Weisungen in Bezug auf das Detail der Arbeit Folge zu leisten, sondern schuldet ihm lediglich die Herstellung des gewünschten *Erfolges*. Deshalb heifst der, welcher die Arbeit verspricht, hier conductor operis: er hat die *Unternehmung* (das opus) gemietet (er ist der Unternehmer anstatt des anderen, welchen das opus eigentlich

interessiert). Der, welcher die Arbeit empfängt, heifst locator operis: er hat die Unternehmung abgegeben an den anderen. Die Klage des Arbeitsempfängers heifst hier daher actio locati, die Klage des Arbeitleistenden actio conducti[1]).

In allen Fällen ist die Miete ein negotium bonae fidei. Beide Teile schulden omnis diligentia und überhaupt alles, was die bona fides nach Mafsgabe der Umstände mit sich bringt. Dazu gehört auch, dafs der Verpächter dem Pächter in schlechten Jahren einen verhältnismäfsigen Nachlafs am Pachtzinse zu gewähren hat (sog. remissio), sowie umgekehrt, dafs der Pächter, welcher nachher durch reichliche Ernte entschädigt wird, nachträglich den remittierten Pachtzins nachzuzahlen verpflichtet ist.

pr. I. de locat. et conduct. (3, 24): Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistunt. Nam, ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur, si merces constituta sit; et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

3) Der Gesellschaftsvertrag (societas) ist der Vertrag über gegenseitige Leistungen zu einem gemeinsamen Zweck, z. B. um ein Handelsgewerbe gemeinsam zu treiben, oder um eine Reise gemeinsam zu machen[2]). Die Societät ist ein negotium bonae fidei. Beide Teile schulden sich gegenseitig nicht blofs das Versprochene, sondern alles, was die bona fides mit sich bringt. Dazu gehört auch diligentia, aber nur die diligentia quam

[1]) Wörtlich heifst locare: placieren, unterbringen (die zu vermietende Sache, die Arbeitskraft, das Unternehmen); conducere: zusammenbringen (der Ausdruck scheint bei der Dienstmiete aufgekommen zu sein: Zusammenbringen der nötigen Arbeitskräfte). Vgl. Degenkolb, Platzrecht und Miete (1867) S. 133 ff.; Mommsen in der Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 6 S. 263 ff. Auf die Bedeutung der publicistischen (vom Magistrat im Namen der Gemeinde geschlossenen) Mietverträge für die Ausbildung des privaten Mietrechtes hat zuerst Degenkolb a. O. S. 127 ff. hingewiesen; Mommsen, der a. O. dieser Anschauung beigetreten ist, behauptet gleiche publicistische Ausgangspunkte auch für das Recht der emtio venditio.



[2]) Ist die Verabredung, eine Reise gemeinsam zu machen, an sich schon eine Societät? Nein, sondern nur, wenn gegenseitige Leistungen zur Erreichung dieses Zweckes zugesagt werden, die gemeinsame Reise also auf gemeinsame Kosten gemacht wird.

suis rebus adhibere solet (socius). Man kann nicht fordern, dafs der socius in Gesellschaftsangelegenheiten sorgfältiger sei als in seinen eignen Angelegenheiten. Man mufs sich seinen socius danach aussuchen. Die bona fides fordert ebenso, dafs man die Societät in jedem Augenblick kündigen könne, es sei denn eine bestimmte Zeit verabredet, für welche man auf das Kündigungsrecht verzichtet hat. Wird unzeitig gekündigt (sei es gegen ausdrückliche Beredung, sei es gegen die bona fides), so wird zwar durch die Kündigung die Societät aufgehoben, aber der Kündigende dem anderen ersatzpflichtig. Jeder socius hat gegen den anderen die actio pro socio.

pr. I. de soc. (3, 25): Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Graeci specialiter *κοινοπραξίαν* appellant, aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti emendi vendendique.

§ 1 eod.: Et quidem, si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent.

4) Das Mandat ist der Vertrag über unentgeltliche Ausführung eines Auftrags. Als negotium bonae fidei verpflichtet es beide Teile zu allem, was die bona fides fordert[3]. So den Mandatar zur Ausführung des Auftrags und zu omnis diligentia (obgleich der Mandatar vom Contract keinen Vorteil hat), eventuell zu Schadensersatz; den Mandanten zum Ersatz der Auslagen und überhaupt zu omnis diligentia. Der Mandatar (der Empfänger des Auftrags) ist derjenige, welcher an erster Stelle und auf jeden Fall verpflichtet ist, die Klage gegen ihn heifst daher actio mandati directa. Der Mandant (der Geber des Auftrags) wird nur unter Umständen und nicht auf jeden Fall obligiert; die Klage gegen ihn heifst actio mandati contraria.

Der Auftrag kann sich (wenn es sich um ein Rechtsgeschäft oder einen Procefs handelt) mit Erteilung einer Vollmacht verbinden, d. h. mit der Erteilung der Befugnis, im Namen des Auftraggebers das Geschäft zu schliefsen, den Procefs zu führen.

---

[3]) Über den rechtsgeschichtlichen, vielleicht sacralrechtlichen Hintergrund, auf welchem Societäts- und Mandatsobligation ruhen, vgl. A. Pernice in den Sitzungsber. der Berliner Akademie Bd. 51 S. 1195. 1196.

Dann ist der Mandatar zugleich befugt, als Stellvertreter zu handeln (oben S. 129 ff.).

Von dem Mandat, welches die Verpflichtung des Mandatars zur Ausführung des Auftrags beabsichtigt, unterscheidet sich der gute Rat (das sog. mandatum tua gratia), welcher solche Verpflichtung nicht beabsichtigt und daher nicht blofs kein Mandat, sondern überhaupt kein Rechtsgeschäft bedeutet. Eine Handlung, welche contra bonos mores ist, kann nicht giltig durch Mandat aufgetragen werden, weil eine Verpflichtung zu unsittlichem Handeln überhaupt von Rechts wegen nicht begründet werden kann, weder durch negotium stricti juris, noch durch negotium bonae fidei.

pr. I. de mand. (3, 26): Mandatum contrahitur quinque modis: sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. At, si tua tantum gratia mandatum sit, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

§ 6 eod.: Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces, quam feneres, vel ex diverso, ut feneres potius, quam in emptiones praediorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium est quam mandatum, et ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabitur, cum liberum cuique sit, apud se explorare, an expediat consilium.

§ 7 eod.: Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda tibi mandet. Licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

§ 13 eod.: In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam, mercede constituta, incipit locatio et conductio esse.

§ 70.

Die Quasicontracte.

Die Quasicontracte bedeuten Fälle der Contractswirkung bei blofs contractsähnlichem Thatbestand. Hierher gehören:

I. Die Bereicherung sine causa und ex injusta causa, d. h. die Bereicherung des einen auf Kosten des andern, wo doch jene Bereicherung als den Zwecken des Rechts nicht entsprechend (sine causa), oder als den Zwecken des Rechts sogar widersprechend (ex injusta causa) erscheint. Der so Bereicherte ist zur Herausgabe seiner Bereicherung verpflichtet. Derjenige, auf dessen Kosten die Bereicherung erfolgt ist, hat gegen den Bereicherten eine condictio.

a) Fälle der Bereicherung sine causa sind: 1) Die solutio indebiti, d. h. die irrtümliche Zahlung einer Nichtschuld: der irrtümlich Zahlende hat als Rückforderungsklage die condictio indebiti. 2) Das dare ob causam, d. h. die Vermögenszuwendung in der vertragsmäfsigen Erwartung eines künftigen Erfolges (z. B. dafs der X die Y heiraten werde). So lange der Erfolg nicht eingetreten ist, bezw. sobald sich entschieden hat, dafs der Erfolg nicht eintreten kann, erscheint die Bereicherung des Empfängers als nicht hinreichend motiviert; der Gebende hat als Klage auf Rückgabe der Bereicherung die condictio ob causam datorum, oder, wie sie auch genannt wird, die condictio causa data causa non secuta. Unter diesem Gesichtspunkt und mit dieser Klage kann nach römischem Recht beim Innominatrealcontract (Tauschcontract, oben S. 265) der Vorleistende jederzeit seine Vorleistung zurückfordern. Er hat also die Wahl, ob er aus dem Innominatrealcontract die Gegenleistung mit actio in factum praescriptis verbis, oder aus dem Quasicontract die Rückleistung der Bereicherung (so lange die Gegenleistung nicht gemacht ist) mit condictio causa data causa non secuta fordern will (sog. jus poenitendi). 3) Das mifsglückte dare, d. h. das dare, welches mit Geschäftswillen (z. B. mit dem Willen, ein Darlehn zu geben) vollzogen ist, aber das Geschäft nicht hervorbrachte, z. B. weil auf der andern Seite der entsprechende Wille fehlte (der Empfänger glaubte z. B., ihm solle geschenkt werden). Dann ist keine Darlehnsklage möglich, aber condictio sine causa auf Rückgabe der Bereicherung. Ebenso wenn jemand, der ein Darlehn geben wollte, fremde Münzen gegeben hat, wo der Empfänger nicht durch die Tradition, sondern erst durch Consumtion Eigentümer ward, d. h. dadurch, dafs das fremde Geld mit dem Geld des Em-

pfängers vermischt ward (oben S. 203). Dieselbe condictio sine causa wird überhaupt gegeben, wo dem einen etwas zugekommen ist, was besser einem andern zugekommen wäre. Ein Beispiel: die Sache, welche mir vermacht war, hat ein anderer verkauft; die vermachte Sache geht unter, so dafs ich sie nicht mehr vindicieren kann; ich fordere mit condictio sine causa von jenem Verkäufer den von ihm erlösten Preis. Die condictio sine causa hat also überhaupt die Aufgabe, die irregegangene Bereicherung rückgängig zu machen, vorausgesetzt dafs dem Billigkeitsgrund, welcher für den Kläger spricht, kein Billigkeitsgrund aufseiten des Beklagten widerspreche.

b) Fälle der Bereicherung ex injusta causa sind: 1) Der Diebstahl: der Dieb ist durch den Besitz der gestohlenen Sache rechtswidrig auf Kosten des Bestohlenen bereichert[1]); der Eigentümer hat gegen ihn die condictio furtiva auf Rückgabe der Sache, bezw. Schadensersatz. 2) Das dare ob turpem causam, d. h. die Vermögenszuwendung, deren Annahme unsittlich ist. Dann hat der Gebende als Rückforderungsklage die condictio ob turpem causam, vorausgesetzt jedoch, dafs das Geben nicht gleichfalls unsittlich war. 3) Das dare ex injusta causa, z. B. die Zahlung einer gesetzlich mifsbilligten Schuld (so die Erfüllung eines wucherischen Zinsversprechens), überhaupt die Bereicherung ex injusta causa, d. h. eine von Rechts wegen zu mifsbilligende Bereicherung des einen auf Kosten des andern (z. B. des malae fidei possessor auf Kosten des Eigentümers). Es entsteht die condictio ex injusta causa auf Herausgabe der Bereicherung.

L. 1 § 1 D. de condictione indebiti (12, 6) (Ulpian.): Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens, se non debere, solvit, cessat repetitio.

L. 7 § 1 D. de condictione causa data causa non secuta (12, 4) (Julian.): Fundus dotis nomine traditus, si nuptiae insecutae non fuerint, condictione repeti potest: fructus quoque condici poterunt.

---

[1]) Ja, er gilt, als wäre er durch das Eigentum an der gestohlenen Sache bereichert, und geht daher die condictio furtiva gegen ihn auf rem dare, also darauf, dafs er den Kläger wieder zum Eigentümer mache, obgleich ja der Bestohlene trotz des Diebstahls Eigentümer geblieben ist.

L. 1 § 2 D. de condictione ob turpem vel injustam causam (12, 5) (PAULUS): Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiam si res secuta sit, repeti potest. L. 2 eod. (ULPIAN.): Utputa dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas.

II. Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum, d. h. die Aufnahme der Sachen, welche der Reisende mitbringt, seitens des Schiffers, des Gastwirts oder des Stallwirts verpflichtet den Aufnehmenden, gleich als ob über die von dem Reisenden eingebrachten Sachen ein Contract geschlossen wäre, zur Haftung für die Sachen. Der Prätor hat diese Verpflichtung eingeführt. Kommen die eingebrachten Sachen abhanden oder werden sie beschädigt, so fordert der Reisende mit der (prätorischen) actio de recepto vollen Schadensersatz, falls der Wirt (oder Schiffer) nicht nachweist, dafs der Schaden durch die eigene Nachlässigkeit des Reisenden oder durch unabwendbaren Zufall (vis major) herbeigeführt worden ist.

L. 1 pr. D. nautae caup. (4, 9): Ait praetor: NAUTAE, CAUPONES, STABULARII, QUOD CUJUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT, NISI RESTITUENT, IN EOS JUDICIUM DABO.

III. Die negotiorum gestio, d. h. die unbeauftragte Geschäftsführung (z. B. Procefsführung, oder Fürsorge für Sachen des andern, oder Schuldenzahlung für den abwesenden Freund) erzeugt ein mandatsähnliches Verhältnis. An erster Stelle und auf jeden Fall haftet der negotiorum gestor, nämlich für Vollführung des übernommenen Geschäfts mit omnis diligentia. Gegen ihn geht die actio negotiorum gestorum directa. Nur unter Umständen haftet derjenige, dessen Geschäfte geführt sind (der Geschäftsherr, dominus negotii), z. B. für Ersatz von Auslagen, welche der negotiorum gestor gehabt hat. Gegen ihn geht die actio negotiorum gestorum contraria.

§ 1 I. de obl. quasi ex contr. (3, 27): Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum; sed domino quidem rei gestae adversus eum, qui gessit, directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci, manifestum est; quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato

quisque alienis negotiis gerendis se optulerit: ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia, quae sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem.

IV. Auch die tutela, d. h. die Übernahme der Vormundschaft, erzeugt zwischen Mündel und Vormund ein mandatsähnliches Verhältnis. Auf alle Fälle verpflichtet ist der Vormund, nämlich zur sorgfältigen Vollführung der Vormundschaft. Er haftet aber, weil er zur Übernahme der Vormundschaft verpflichtet ist, nur für diligentia quam suis rebus adhibere solet. Gegen ihn geht die actio tutelae directa. Nur unter Umständen verpflichtet ist der Mündel, z. B. falls der Vormund Auslagen gehabt hat. Gegen ihn klagt der Vormund mit actio tutelae contraria.

§ 2 I. eod.: Tutores quoque, qui tutelae judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur); sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur.

V. Die communio, d. h. die Vermögensgemeinschaft, erzeugt unter den Genossen ein societätsähnliches Verhältnis. Sie verpflichtet beide Teile auf Verlangen des andern zur Auseinandersetzung (teilbare Sachen werden reell geteilt; die unteilbare Sache wird dem einen ganz zugesprochen unter Verpflichtung, den andern zu entschädigen), ferner zum Ersatz von Auslagen, welche infolge der Gemeinschaft der eine für den andern machen mufste, endlich zur Prästation von diligentia quam suis rebus: der Genosse ist verpflichtet, die gemeinsame Sache nicht schlechter zu behandeln als seine eigne: widrigenfalls ist er schadensersatzverpflichtet. Es giebt drei Arten der Vermögensgemeinschaft: Sachgemeinschaft, Erbschaftsgemeinschaft, Grenzgemeinschaft (das letztere, falls die richtigen Grenzen nicht mehr constatiert werden können). Dem entsprechend giebt es drei Teilungsklagen (judicia divisoria): die actio communi dividundo für den Fall der Sachgemeinschaft, die actio familiae erciscundae für den Fall der Erbschaftsgemeinschaft, die actio finium regundorum für den Fall der Grenzgemeinschaft. Mit der Teilungsklage kann nicht blofs

der Anspruch auf Auseinandersetzung, sondern ebenso auch der Anspruch auf praestationes personales (Auslagen, Schadensersatz) geltend gemacht werden. Soweit die Teilungsklage aber auf Auseinandersetzung geht, ist sie ein sog. judicium duplex (vgl. oben S. 228): beide Teile haben die gleiche Rolle, und beide Teile werden durch adjudicatio (oben S. 211) bezw. condemnatio zur Leistung dessen angehalten, was zur Vollziehung der Auseinandersetzung nötig ist.

§ 3 I. eod.: Item, si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt; sed, quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.

VI. Der Erbe wird durch Erbschaftsantritt quasi ex contractu verpflichtet, die ihm giltig vom Erblasser auferlegten Vermächtnisse den Legataren auszuzahlen.

§ 5 I. eod.: Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intellegitur. Neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest. Et tamen, quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intellegitur.

§ 71.

Die pacta.

Pactum ist die formlose Consenserklärung (z. B. der formlose Erlaſsvertrag, der formlose Vergleichsvertrag). Ein obligatorisches pactum ist diejenige formlose obligatorische Consenserklärung, welche vom römischen Civilrecht nicht als Contract anerkannt worden ist. Hier gilt der Grundsatz, daſs das pactum (sog. nudum pactum) keine klagbare Obligation, sondern nur eine sog. naturalis obligatio, d. h. eine klaglose (wenngleich zahlbare) Obligation hervorbringt: erfüllt der Schuldner das formlose Versprechen aus freien Stücken, so ist es gut, und eine condictio indebiti (oben S. 284) kann von dem Zahlenden nicht

angestellt werden; aber ein Zwang zur Erfüllung durch actio ist ausgeschlossen. Nur im Wege der exceptio kann das pactum geltend gemacht werden, falls der Betreffende in die Lage kommt, als Beklagter sich auf das pactum berufen zu können[1]).

Dennoch giebt es einige pacta, welche schon nach classischem Civilrecht, andere, welche nach prätorischem Recht, und eine dritte Art, welche nach späterem Civilrecht, Kaiserrecht, klagbar sind (sog. pacta vestita).

I. Nach classischem Civilrecht, und zwar in Einklang mit den allgemeinen ihm innewohnenden Gedanken, sind klagbar die pacta adjecta, d. h. die Nebenverträge, welche dem Abschlufs eines bonae fidei negotium sofort (ex continenti) hinzugefügt sind. Ist also z. B. bei Abschlufs des Kaufvertrags eine Conventionalstrafe für den Fall nicht rechtzeitiger Leistung verabredet worden, so kann die Conventionalstrafe mit der Klage aus dem Kaufcontract eingeklagt werden. Es bedarf der Stipulation nicht. Aus dem bonae fidei negotium wird alles geschuldet, was die bona fides mit sich bringt. Der Inhalt eines solchen Nebenvertrags wird ex bona fide gleichfalls kraft des gleichzeitig geschlossenen Hauptvertrags geschuldet. Ist der Nebenvertrag aber erst später geschlossen worden, so kann er mit der Klage aus dem Hauptvertrag nicht geltend gemacht werden (weil er hier keinen Bestandteil des Hauptvertrags bildet), und erzeugt daher, da er um seiner selbst willen nicht klagbar ist, keine actio, sondern nur eine exceptio.

II. Nach prätorischem Recht (pactum praetorium) ist klagbar das constitutum debiti, sei es debiti proprii, sei es debiti alieni, d. h. das Versprechen, eine bestehende Schuld, sei es eine eigne, sei es eine fremde, zahlen zu wollen. War ein solches Versprechen in Stipulationsform gegeben, so war es nach Civilrecht klagbar. Der Prätor machte es klagbar, auch wenn es durch formlose Zusage gegeben war (actio de pecunia constituta,

[1]) Zu beachten ist, dafs der mifsglückte Formalvertrag darum nicht ein giltiges pactum darstellt. War die Absicht auf den Formalvertrag gerichtet, so kommt im Zweifel bei Mifslingen der Form nicht ein formloser Vertrag (der nicht beabsichtigt war), sondern gar kein Vertrag zustande, vgl. l. 1 § 2 D. de verb. obl. (45, 1).

welche ursprünglich nur aus dem Constitut für eine Geldschuld, und zwar nur für eine pecunia credita, gegeben wurde: das alte constitutum war die formlose „Feststellung“ eines bestimmten Rückzahlungstages für die geschuldete pecunia). So konnte jemand durch constitutum eine fremde Schuld zahlen zu wollen versprechen, und dann haftete er noch strenger als der Bürge, insofern er nicht durch jede Aufhebung der Hauptschuld, sondern nur durch die dem Gläubiger zuteil gewordene Zahlung oder sonstige materielle Befriedigung befreit wurde. Die Schuld des Constituenten stand zu der Hauptschuld nicht (wie die fidejussio) in Correalverhältnis, sondern in blofs solidarischem Verhältnis (oben S. 253).

III. Nach späterem Kaiserrecht (pacta legitima) sind klagbar auch als blofse pacta (ohne Form) das Schenkungsversprechen und das Versprechen, eine dos (unten § 82) geben zu wollen. Doch ist das Schenkungsversprechen ohne gerichtliche Insinuation nur bis zum Betrage der Insinuationssumme von 500 solidi (oben S. 125) giltig.

L. 7 § 7 D. de pact. (2, 14): Ait praetor: PACTA CONVENTA, QUAE NEQUE DOLO MALO, NEQUE ADVERSUS LEGES, PLEBISCITA, SENATUSCONSULTA, EDICTA, DECRETA PRINCIPUM, NEQUE QUO FRAUS CUI EORUM FIAT, FACTA ERUNT, SERVABO.

L. 13 C. de pact. (2, 3) (MAXIMINUS): In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si ex continenti fiat. Nam, quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit.

§ 9 I. de act. (4, 6): De pecunia autem constituta cum omnibus agetur, quicumque vel pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita; nam alioquin, si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.

B. Delictsobligationen.

§ 72.

Die Privatdelicte des römischen Rechts.

Das römische Recht kennt eine Reihe von Delicten, gegen welche das Recht mit den Mitteln des Privatrechts reagiert: die Privatdelicte. Aus dem Privatdelict entspringen zur Strafe

für den Delinquenten Forderungsrechte des Verletzten, teils auf Schadensersatz (reipersecutorische Klage, vgl. oben S. 166), teils auf Strafe (pönäpersecutorische Klage), teils auf Schadensersatz und Strafe (actio mixta). Die Privatdelicte des römischen Rechts sind:

1) Das furtum, d. h. die heimliche, bewufst widerrechtliche Aneignung einer fremden beweglichen Sache, sei es mit Entziehung der Sache aus fremdem Gewahrsam (der Diebstahl des heutigen Rechts), sei es ohne solche Entziehung (die heutige Unterschlagung)[1]). Aus dem Diebstahl entspringen zwei Klagen. Einmal die actio furti auf Strafe, und zwar gegen den fur manifestus (der auf der That ertappt ist) auf das quadruplum, gegen den fur nec manifestus auf das duplum. Zum andern die condictio furtiva auf Schadensersatz (oben S. 285). Die actio furti wird jedem gegeben, der durch den Diebstahl beschädigt ist (cujus interest). Dagegen hat die condictio furtiva wegen Sachdiebstahls nur der Eigentümer der gestohlenen Sache.

Im älteren römischen Recht gab es auch eine actio furti concepti gegen den, bei welchem die gestohlene Sache durch formelle Haussuchung gefunden worden war, eine actio furti oblati gegen den, welcher die gestohlene Sache bei diesem anderen versteckt hatte, eine actio furti prohibiti gegen den, welcher sich der Haussuchung widersetzte, eine actio furti non exhibiti gegen den, welcher die bei der Haussuchung gefundene Sache nicht herausgeben wollte. Alle diese Klagen hingen mit dem alten Recht des Bestohlenen zusammen, zum Zweck förmlicher Haussuchung unter gewissen Solennitäten in jedes andere Haus einzudringen. Mit der Sitte dieser privaten Haussuchung sind auch diese Klagen abgekommen.

Was im obigen definiert wurde, ist der Sachdiebstahl (furtum rei ipsius). Daneben kennt das römische Recht auch ein furtum possessionis (das furtum des Eigentümers, welcher seine eigene Sache dem dritten Besitzberechtigten, z. B. dem Faustpfand-

---

[1]) Nach römischem Civilrecht fällt das Moment der Heimlichkeit aus dem Begriff des furtum aus, so dafs das furtum des Civilrechts jede bewufst widerrechtliche Aneignung begreift, also die rapina mit unter das furtum fällt. Nur das prätorische Recht unterschied die rapina von dem furtum (s. unten).

gläubiger, entwendet) und ein furtum usus (die Aneignung zu blofs vorübergehendem Gebrauch). Auch in diesen Fällen wird condictio furtiva (die possessio, der usus wird condiciert) und actio furti (das Interesse der possessio, des usus mufs zur Strafe mehrfach ersetzt werden) gegeben.

L. 1 § 3 D. de furtis (47, 2) (Paulus): Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve.

§ 3 I. de obligat. ex del. (4, 1): Furtorum autem genera duo sunt, manifestum et nec manifestum. — Manifestus fur est, quem Graeci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant, nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo fit . . . Immo ulterius furtum manifestum extendendum est, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo perveniret, quo perferre ac deponere rem destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex his, quae diximus, intellegitur. Nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.

§ 13 eod.: Furti autem actio ei competit, cujus interest, rem salvam esse, licet dominus non sit; itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit, rem non perire.

§ 19 eod.: Furti actio, sive dupli, sive quadrupli, tantum ad poenae persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem adversus ipsum furem heredemve ejus, licet non possideat, competit.

2) Die rapina ist die gewaltthätige Sachentziehung, und erzeugt die prätorische actio vi bonorum raptorum auf das quadruplum, wovon ein simplum als Schadensersatz gilt. Die actio vi bonorum raptorum ist also eine actio mixta. Nach Ablauf eines annus utilis (vgl. oben S. 184) geht sie nur noch auf einfachen Schadensersatz. Sie ist jedem zuständig, welcher durch den Raub geschädigt ist.

[L. 2 pr. D. vi bon. rapt. (47, 8):] Praetor ait: Si cui vi, dolo malo, hominibus armatis coactisve, damni quid factum esse dicetur, sive cujus bona rapta esse dicentur, in eum, qui

ID FECISSE DICETUR, IN ANNO, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS FUERIT, IN QUADRUPLUM, POST ANNUM IN SIMPLUM JUDICIUM RECUPERATORIUM DABO [2]).

pr. I. de vi bon. rapt. (4, 2): Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti. Quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? Ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse. Sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum, et est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quae actio utilis est, etiamsi quis unam rem licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum poena est et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti dicimus, sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non.

3) Das damnum injuria datum ist die verschuldete Sachbeschädigung. Daraus entspringt für den beschädigten Eigentümer die actio legis Aquiliae auf vollen Schadensersatz, und zwar auf Ersatz des höchsten Wertes, welchen die Sache im letzten Jahr (wenn es sich um die Tötung von Sklaven oder vierfüfsigen Haustieren handelt) [3]), oder des höchsten Wertes, welchen die Sache im letzten Monat hatte (wenn es sich um anderen Sachschaden handelt) [4]). Die actio legis Aquiliae ist also eine reipersecutorische Klage, schliefst aber durch die besondere Art der Schätzung auch ein pönales Element in sich. Das gleiche gilt von dem Rechtssatz, dafs die actio legis Aquiliae im Fall des Leugnens des Beklagten (des Thäters) auf das doppelte geht (lis infitiando crescit in duplum). Der Beklagte war durch

---

[2]) Die obige Edictsstelle ist mit den Ergänzungen Lenels, Edictum S. 316, gegeben.

[3]) Darauf bezog sich das erste Capitel der lex Aquilia.

[4]) Auf die ceterae res und auf die blofse Beschädigung von Sklaven und vierfüfsigen Haustieren bezog sich das dritte Capitel der lex Aquilia. Das zweite Capitel handelte von dem adstipulator (vgl. oben S. 272), welcher sein formelles Recht mifsbrauchte, um den Schuldner durch acceptilatio (unten § 76) zu befreien. Dies zweite caput der lex Aquilia kam aufser Übung, weil der adstipulator, nachdem die Verbindlichkeit des Mandats (oben S. 282) vom Civilrecht anerkannt war, mit der actio mandati directa auf vollen Schadensersatz verklagt werden konnte, es also der Delictsklage aus der lex Aquilia nicht mehr bedurfte.

den Wortlaut der lex Aquilia (damnas esto) bereits verurteilt, als wenn ein rechtskräftiges Urteil über ihn ergangen wäre. Wer daher durch frivoles Leugnen den Kläger zum Beweis des Delicts nötigte, ward gerade so behandelt, als ob er der Erfüllung eines rechtskräftigen Urteils wissentlich sich hätte entziehen wollen, d. h. ins doppelte verurteilt. Vgl. oben S. 144.

Voraussetzung der actio legis Aquiliae ist Verschulden des Beklagten, sei es dolus, sei es bloſs culpa levis. Aber nur die culpa levis in faciendo begründet das Delict der lex Aquilia; das non facere als solches ist kein Delict, wenngleich es unter Umständen ein facere und dann ein Delict sein kann. Und zwar muſs ein Verschulden vorliegen, durch welches eine bestimmte Sache des Klägers Schaden genommen hat. Wegen bloſser Vermögensbeschädigung wird keine actio legis Aquiliae gegeben (vgl. unten Nr. 5). Der Wortlaut der lex Aquilia verlangte, daſs der Sachschaden durch die Handlung des Beklagten unmittelbar herbeigeführt sei (damnum corpore corpori datum). Doch hat der Prätor später die actio legis Aquiliae (als utilis actio, vgl. oben S. 160) auch dann gegeben, wenn der Sachschade durch die Handlung des Beklagten nur mittelbar entstanden war. Ja, unter Umständen gab der Prätor auch eine actio in factum nach Vorbild der lex Aquilia (accommodata legi Aquiliae), wenn nämlich kein eigentlicher Sachschade vorlag, aber doch eine Sachentziehung, welche thatsächlich der Sachvernichtung gleichkommt (z. B. ich löse die Fesseln des fremden Sklaven, so daſs der Sklave entflieht).

pr. I. de leg. Aq. (4, 3): Damni injuriae actio constituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum est, ut, si quis hominem alienum, alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur.

§ 2 eod.: Injuria autem occidere intellegitur, qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest. § 3: Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla invenitur. Nam alioquin non minus ex dolo quam ex culpa quisque hac lege tenetur.

§ 12—14 eod.: Caput secundum legis Aquiliae in usu non est. Capite tertio de omni cetero damno cavetur. — Hoc tamen

capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.

§ 16 eod.: Ceterum placuit, ita demum ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent, veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur. . . Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa, neque utilis Aquilia, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri; veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

4) Die injuria (Beleidigung) ist jede absichtliche Nichtachtung fremder Persönlichkeit. Das Injurienrecht der zwölf Tafeln, welche öffentliche Schmähung mit Todesstrafe, körperliche Verstümmelung (membrum ruptum) mit Talion, andere Injurien mit einer festen Geldstrafe (meistens 25 As) bedrohten, ward durch den Prätor beseitigt, welcher intra annum (utilem) eine actio injuriarum aestimatoria, d. h. eine Klage auf verhältnismäfsige Geldbufse (mit Moderationsrecht des Richters) einführte. Der weite Begriff der injuria (welcher von der römischen Jurisprudenz ausgebildet worden ist) bewirkte, dafs die actio injuriarum, die übrigen Rechtsmittel ergänzend, in allen Fällen möglich war, in denen dem Gegner bewufste Rechtswidrigkeit vorgeworfen werden konnte, dafs also aus einem Rechtsmittel wegen Ehrverletzung zugleich ein allgemeines Rechtsmittel wegen chicanöser Rechtsverletzung wurde[5]. Eine lex Cornelia (81 v. Chr.) gab eine Civilklage auf Geldstrafe (indem daneben öffentliche Strafe angedroht wurde) für gewisse Fälle von Realinjurien, nämlich für die Fälle des verberare, pulsare, domum vi introire.

Die actio injuriarum ist eine sog. actio vindictam spirans, d. h. sie geht auf persönliche Genugthuung, und ist deshalb activ (auf Seite des Klagberechtigten) unvererblich: nur der Injuriierte selbst kann klagen, auf seine Erben geht das Klagrecht erst nach vollzogener litis contestatio über. Da sie

[5]) Vgl. darüber jetzt v. Jhering in seinen Jahrb. f. Dogm. Bd. 23 S. 155 ff.: Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen.

außerdem auf Strafe geht, ist sie als actio poenalis auch passiv unvererblich.

§ 1 I. de injur. (4, 4): Injuria autem committitur non solum, cum quis pugno puta aut fustibus caesus, vel etiam verberatus erit, sed etiam, si cui convicium factum fuerit, sive cujus bona, quasi debitoris, possessa fuerint ab eo, qui intellegebat, nihil eum sibi debere, vel si quis ad infamiam alicujus libellum, aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, sive quis matremfamilias, aut praetextatum praetextatamve adsectatus fuerit, sive cujus pudicitia attentata esse dicetur; et denique aliis pluribus modis admitti injuriam, manifestum est.

5) Dolus (die absichtliche vermögensbeschädigende That) und metus (die vermögensbeschädigende Drohung) verpflichten den Thäter zum vollen Schadensersatz vermöge der actio de dolo bezw. der actio quod metus causa (vgl. oben S. 122. 123). Die actio de dolo wird jedoch (weil sie den Verurteilten infamiert) nur subsidiär gegeben, wenn keine anderen Rechtsmittel zuständig sind (si qua alia actio non erit), und kann sie nach Ablauf von zwei Jahren (so nach Justinianischem Recht; nach prätorischem Recht: post annum utilem) nur noch als actio in factum angestellt werden, soweit der Beklagte von seinem dolus noch einen Gewinn hat. Da die vermögensbeschädigende Drohung nur einen Specialfall des dolus darstellt, so ergiebt sich, daß überhaupt im Fall des dolus auch die bloße Vermögensbeschädigung eine Klage auf Schadensersatz begründet, daß aber im Fall bloßer culpa (d. h. im Fall unbeabsichtigter, aber doch schuldhafter Schadenszufügung) nur die Sachbeschädigung eine Klage auf Schadensersatz hervorbringt (oben Nr. 3), — ein Satz des römischen und des heutigen gemeinen Rechts, welcher von der größten praktischen Bedeutung ist.

§ 73.

Quasidelicte.

Quasidelicte heißen die Fälle der Delictswirkung (Verpflichtung zum Schadensersatz bezw. Strafe) bei bloß delictsähnlichem Thatbestand.

1) Der judex qui litem suam facit, d. h. der Richter

(im Formularprocefs der Geschworene), welchem in Bezug auf die Entscheidung oder die Führung des Rechtsstreits ein Verschulden zur Last fällt, kann auf arbiträren Schadensersatz (quantum aequum judici videbitur) verklagt werden. Die Klage wird als actio quasi ex delicto aufgefafst, weil sie nicht blofs den Fall des (wissentlich) ungerechten Urteils, sondern auch alle leichteren Versehen umfafst, welche z. B. durch Versäumung eines Termins, Nichtachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Vertagungen u. dgl. (imprudentiā judicis) begangen werden. Als Klage wegen sachlich ungerechten Urteils ist die Klage nicht zu denken[1]).

2) Gegen den (oder die) Bewohner eines Zimmers, aus welchem mit schädigendem Erfolg etwas hinausgeworfen oder gegossen ist, wird vom Prätor eine Klage auf doppelten Schadensersatz (also eine actio mixta) gegeben: die actio de effusis vel dejectis.

3) Gegen denjenigen, welcher über einer öffentlichen Strafse auf gemeingefährliche Weise etwas hingestellt oder hingehängt hat, giebt der Prätor eine Popularklage (cuivis ex populo, vgl. S. 166) auf eine Privatstrafe von 10000 Sesterzen, an deren Stelle im Justinianischen Recht 10 Goldsolidi getreten sind: die actio de posito vel suspenso.

4) Gegen den Schiffsherrn (nauta), den Gastwirt (caupo), den Stallwirt (stabularius) giebt der Prätor auf Grund der Delicte ihrer Angestellten (sofern dieselben im Bereich ihrer Anstellung thätig waren) dem Geschädigten eine actio in factum auf das doppelte, also eine actio mixta.

5) Aus dem Delict des servus kann der Herr mit der Noxalklage (actio noxalis) dahin in Anspruch genommen werden, dafs er entweder die Folgen des Delictes auf sich nehme oder den Sklaven dem Verletzten ausantworte (noxae dare). Vgl. oben S. 169. 174. Das gleiche gilt, wenn ein Tier unerwarteter Weise (contra naturam) Schaden angerichtet hat: gegen den Eigentümer geht die sog. actio de pauperie als Noxalklage. Nach vorjustinianischem Recht haftete auch der paterfamilias mit der Noxalklage aus den Delicten des filiusfamilias.

---

[1]) Vgl. Lenel, Edictum S. 136. 137.

III. Übertragung und Aufhebung der Forderungsrechte.

§ 74.

Übertragung der Forderungsrechte.

Nach römischem Civilrecht kann die Forderung vom Gläubiger nicht auf einen anderen übertragen (cediert) werden. Wohl kann der Gläubiger den anderen zu seinem Proceſsprocurator machen (mandatum actionis), d. h. er kann ihm auftragen, seine Forderung einzuklagen, und es kann ferner ausgemacht sein, daſs der Mandatar den Ertrag der Klage behalten soll (mandatum in rem suam). Aber auch ein solcher Proceſsprocurator, welchem das mandatum actionis zu seinen Gunsten (in rem suam) gegeben worden ist, kann nicht aus eigenem, sondern nur aus fremdem Recht (aus dem Recht des Auftraggebers) klagend auftreten. Er ist formell nicht berechtigt, sondern, gleich einem anderen Mandatar, nur verpflichtet zur Einklagung der Forderung: widerruft der Gläubiger das Mandat, oder stirbt der Gläubiger, so erlischt auch dies mandatum in rem suam gerade wie jedes andere Mandat. Der Mandatar in rem suam hat kein Recht an der Forderung. Er ist von Rechts wegen nicht Gläubiger, sondern nur ein Beauftragter des Gläubigers. In ein festes Verhältnis zur Forderung tritt er erst in dem Augenblick, in welchem er mit dem Schuldner litem contestiert hat. Die Erteilung der formula (in diesem Act liegt die litis contestatio des classischen Processes, oben S. 154) erfolgt, wenn ein Proceſsprocurator auftritt, zu Gunsten (und ebenso, falls der Beklagte vertreten wird, zu Lasten) des Procurators, d. h. der Condemnationsbefehl der formula lautet zu Gunsten (bezw. zu Lasten) des Procurators, während die intentio der formula auf den Namen des vertretenen Berechtigten (bezw. Schuldners) gestellt ist: wenn dem Mandanten (dem Gläubiger) 100 vom Verklagten geschuldet werden, so soll der Verklagte zur Zahlung der 100 an den Procurator verurteilt werden. Dadurch wird der Procurator dominus litis, d. h. selbst Proceſspartei, zu deren Gunsten (bezw. Lasten) die Wirkung des Processes eintritt. Laut Inhalt der formula muſs der judex

den Schuldner verurteilen, ihm (dem Procurator) zu zahlen. Von diesem Augenblick an also ist das erteilte Procefsmandat unwiderruflich, aber nicht blofs das in rem suam gegebene, sondern jedes Procefsmandat (jeder Procefsprocurator wird durch die formula dominus litis). Das mandatum in rem suam ist in seiner Wirkung nach aufsen von dem gewöhnlichen Mandat ununterscheidbar: auch der Mandatar in rem suam hat dem Schuldner gegenüber lediglich procuratorische Stellung, keine Gläubigerstellung, obgleich er dem Mandanten gegenüber nicht verpflichtet ist, das vom Schuldner Eingetriebene herauszuzahlen[1]).

Von diesem Standpunkt hat das Civilrecht aber doch einen Schritt weiter gemacht. Es stellte sich fest, dafs das mandatum in rem suam nicht erst im Augenblick der Litiscontestation, sondern bereits im Augenblick der Denunciation unwiderruflich werde, d. h. in dem Augenblick, wo der Mandatar in rem suam den Schuldner von der zu seinen Gunsten geschehenen Erteilung des Mandats benachrichtigt hat. Jetzt unterschied sich das mandatum in rem suam von dem gewöhnlichen Procefsmandat. Das gewöhnliche Procefsmandat war widerruflich bis zur litis contestatio; das mandatum in rem suam war widerruflich nur bis zur denunciatio. Von dem Augenblick der Denunciation an hatte der Mandatar in rem suam jetzt ein Recht, dafs der Schuldner ihm, nur ihm allein zahle. Darin lag die erste Ankündigung des Cessionsgedankens. Nicht die Gläubigerschaft, aber doch ein Recht auf Stellvertretung des Gläubigers: nicht die Zuständigkeit der Forderung, aber doch ein Recht, die fremde Forderung auszuüben, ging auf den Mandatar in rem suam über.

Vollendet ist diese Entwickelung durch den Prätor. Er machte das mandatum in rem suam mit seinen blofs procuratorischen Wirkungen entbehrlich. Es war nach prätorischem Recht gleichgiltig, ob der Gläubiger den Dritten zum Procefsprocurator gemacht hatte oder nicht, ob ferner das etwa erteilte Procefsmandat vielleicht (vor der Denunciation) giltig zurückgenommen war oder nicht. Es kam nach prätorischem Recht nur auf das

---

[1]) Näheres über die Geschichte der Procefsvollmacht im römischen Recht bei F. Eisele, Cognitur und Procuratur (1881); M. Rümelin, Zur Gesch. der Stellvertretung im röm. Civilprocefs (1886).

Rechtsgeschäft an, durch welches die *Veräufserung* der Forderung erklärt wurde, also auf das über die Forderung abgeschlossene Kaufgeschäft, auf das Schenkungsgeschäft, auf das Dosbestellungsgeschäft u. s. f., welches den Willen, eine Forderung auf den andern zu übertragen, enthielt. Es war nach prätorischem Recht nicht relevant das mandatum ad agendum, welches auf Grund des Veräufserungsgeschäfts erteilt wurde, sondern allein dies Veräufserungsgeschäft, d. h. das *Cessionsgeschäft*, selber. Erst nach prätorischem Recht ward der *Veräufserungswille* in Bezug auf das Forderungsrecht rechtlich wirksam. Nach Civilrecht gab es nur ein Auftragsgeschäft zur Geltendmachung der *fremden* Forderung (des Auftraggebers), welches unter bestimmten Voraussetzungen unwiderruflich wurde. Nach prätorischem Recht gab es ein *Cessionsgeschäft* (Verkaufen, Verschenken der Forderung u. s. f.), welches kraft des erklärten Veräufserungswillens den Cessionar zu einer Geltendmachung der Forderung im *eigenen* Namen, d. h. als eines *eigenen* Forderungsrechts, berechtigte. Nach prätorischem Recht gab es eine Singularsuccession in das Forderungsrecht, nach Civilrecht nicht.

Die Klage, welche der Prätor dem Cessionar auf Grund des *Cessionsgeschäfts* gab, war eine *actio utilis* (wo also bereits die intentio auf den Namen des Cessionars lautete). Diese actio utilis war vom Widerruf, Tod des Gläubigers schlechtweg unabhängig. Sie machte den Cessionar *sofort* zum Gläubiger des Schuldners. Aber es verstand sich von selbst, dafs dem Schuldner, solange er nichts von der Cession erfahren hatte, die an den ursprünglichen Gläubiger geleistete Zahlung aus Billigkeitsgründen angerechnet werden mufste. Erst vom Augenblick ausreichend sicherer Benachrichtigung an konnte der Schuldner verpflichtet sein, die Cession zu respectieren. Also blieb die *Denunciation* immer noch von praktischer Bedeutung. Aber sie war nicht mehr das Mittel, um ein Recht des neuen Gläubigers erst zu erwerben, sondern nur ein Mittel, um ein Recht des Schuldners (noch an den ursprünglichen Gläubiger zu zahlen) *auszuschliefsen*.

Keine Cession liegt vor in der Novation (vgl. oben S. 270), wo kraft *neuen Contractes mit dem Schuldner* ein *neues* Forderungsrecht zu Gunsten eines neuen Gläubigers an Stelle des

früheren Forderungsrechts erzeugt wird. Solche Novation kann praktisch Cessionseffect haben, ist aber niemals formell ein Cessionsgeschäft; sie bedeutet immer Neubegründung einer Forderung, nicht Übertragung einer bisherigen Forderung.

L. 3 pr. C. de novat. et deleg. (8, 42) (GORDIAN.): Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.

L. 1 C. de O. et A. (4, 10) (GORDIAN.): Actiones tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatas, et antequam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit.

L. 8 C. de hered. vend. (4, 39) (DIOCLETIAN.): Ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratori facto, vel utilis, secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.

§ 75.

Haftung für fremde Schulden.

I. Der Eigentümer des servus haftet aus den Delicten des servus mit der Noxalklage (oben S. 297). Aus den Contracten des servus haftet der dominus nicht schlechtweg, sondern nur unter Umständen, nämlich unter folgenden Umständen:

1) wenn der dominus dem servus ein peculium eingeräumt hat, d. h. ihm Vermögensstücke übergeben hat mit dem Auftrag, dieselben selbständig zu verwalten (der servus unternimmt z. B. mit dem peculium irgend einen eigenen Gewerbebetrieb). Dann kann der dominus aus allen Contracten dieses servus (nur nicht aus Schenkungsgeschäften) mit einer (prätorischen) actio de peculio belangt werden, welcher gegenüber der Herr bis zum Betrage des peculium (peculio tenus) haftet. Da das peculium Vermögen des Herrn geblieben ist (der servus kann nichts erwerben), so haftet also der Herr in solchem Fall mit seinem eigenen Vermögen (aber nur bis zum Belauf des pecu-

lium) für die Contractsschulden des servus, d. h. für fremde Schulden. Der servus selber haftet aus seinen Contracten naturaliter (vgl. S. 99). Was der Sklave dem Herrn schuldet (der Sklave hatte etwa für sein peculium von dem Herrn ein Darlehn aufgenommen unter Verpflichtung der Rückzahlung), vermindert das peculium; umgekehrt, was der Herr dem Sklaven schuldet, vermehrt das peculium. Eine civilrechtliche Obligation ist zwischen dominus und servus unmöglich: aber die Contracte und Quasicontracte zwischen dominus und servus wirken als Verminderung bezw. Vermehrung des peculium. Hat daher der Sklave mit einem Dritten zu Gunsten des Herrn contrahiert (z. B. ein Darlehn aufgenommen, welches er für den Herrn verwendet, indem er etwa dessen Schulden bezahlt), so wird der Sklave wegen des aufgenommenen Darlehns einen Ersatzanspruch gegen den Herrn haben (entsprechend der actio negotiorum gestorum contraria), soweit der Herr bereichert, also das Geschäft wirklich dem Herrn zugute gekommen ist. Dieser Ersatzanspruch des servus wird sein peculium vermehren und also auch um den Betrag dieses Ersatzanspruches der Herr dem dritten Gläubiger vermöge der actio de peculio haften. Der Gläubiger aber, mit welchem der servus das dem Herrn vorteilhafte Geschäft schlofs, soll nicht auf diese actio de peculio beschränkt sein. Er kann die actio de in rem verso gegen den Herrn anstellen, welcher gegenüber der Herr um den Betrag seiner Bereicherung (soweit das Geschäft ihm wirklich zugute gekommen ist), also um den Betrag jenes Ersatzanspruchs des servus gegen den dominus, haftet. Dieser actio de in rem verso gegenüber hat der Herr kein Recht, die ihm etwa aus anderen Verhältnissen gegen den servus zuständigen Forderungen abzuziehen.

War das peculium dem Sklaven gegeben, um damit ein Handelsgewerbe zu treiben, so haben die Handelsgläubiger des servus gegen den Herrn die actio tributoria auf verhältnismäfsige Verteilung der merx peculiaris (des Handelscapitals) unter die Handelsgläubiger (Concursverfahren). Der Herr hat dann nicht das Recht, seine Forderungen gegen den servus vorweg abzuziehen, sondern nur das Recht, wegen seiner Ansprüche neben den Gläubigern verhältnismäfsige Befriedigung zu empfangen.

2) Wenn der Herr den Auftrag (jussus) zum Abschluſs des Geschäfts durch den servus erteilt hat, so haftet der Herr dem Gläubiger mit der actio quod jussu, und zwar auf das Ganze (in solidum). Der Auftrag braucht nicht speciell erteilt zu sein. Es genügt auch der allgemeine Auftrag. Hat der Herr den Sklaven als Schiffscapitän (magister navis) eingesetzt und damit also ein Generalmandat (auf alle dem Schiffscapitän als solchem zufallenden Geschäfte bezüglich) erteilt, so kann aus allen Geschäften, welche der Dritte mit diesem servus als Schiffscapitän geschlossen hat (man denke z. B. an Frachtverträge), gegen den Herrn (als den Rheder, exercitor navis) mit der actio exercitoria geklagt werden, und zwar auf das Ganze. Oder: hat der Herr den Sklaven sonst in einem Gewerbebetrieb als seinen Bevollmächtigten (institor, z. B. als Kellner, als Commis) angestellt, so haftet der Herr aus den Contracten, welche mit dem institor als solchem abgeschlossen sind, gleichfalls auf das Ganze mit der actio institoria.

II. Der Hausvater haftet aus dem Contracte des Hauskindes ebenso wie der dominus aus dem Contracte des servus. Also bald beschränkt, falls dem filiusfamilias ein peculium (profecticium, s. unten § 88) übergeben war (oder der filiusfamilias zu Gunsten des Vaters contrahiert hatte), bald unbeschränkt, falls der Vater den Auftrag zum Geschäft gegeben hat, sei es speciell, sei es generell. Die Klagen des Gläubigers aus dem Contract des filiusfamilias gegen den paterfamilias sind genau die gleichen, wie die aus dem Contract des servus gegen den dominus.

III. Der Auftraggeber haftet für die Contracte des Beauftragten (eines gewillkürten, freien Stellvertreters), sobald dieser als offener Stellvertreter fungierte, also den Contract unter Bezugnahme auf den erteilten Auftrag abschloſs (oben S. 130). Die Klagen, welche im Fall des Generalauftrags gegen den paterfamilias, bezw. den dominus gegeben werden, sind ebenso zuständig, wenn ein nicht der Gewalt Unterworfener den Auftrag erhalten hat. Die actio exercitoria und institoria findet also auch im Fall der Anstellung eines freien Mannes als Schiffscapitän oder als institor (Gewerbsbevollmächtigter) statt. Ist sonstwie, sei es speciell, sei es generell, ein Auftrag gegeben

worden — wo also im Fall unfreier Stellvertretung die actio quod jussu zuständig sein würde —, so wird im Fall freier Stellvertretung eine actio quasi institoria gegeben. War der Contrahent nicht beauftragt, schlofs aber dennoch im Interesse des andern (als negotiorum gestor desselben) den Contract, so kann der Gläubiger, mit welchem der Contract geschlossen war, gegen diesen andern mit actio utilis de in rem verso klagen. Der Verklagte haftet auf den Betrag seiner Bereicherung, d. h. soweit er dem negotiorum gestor ersatzpflichtig sein würde.

IV. Alle aufgeführten Klagen sind prätorische Klagen. Nach Civilrecht haftet immer und ausnahmslos nur der Contrahent, haftet niemals der dominus, der paterfamilias, der Auftraggeber des Contrahenten. Es giebt nach Civilrecht kein Contrahieren im fremden Namen mit Wirkung für den andern. Aber der Prätor hat aus der Schuld des Contrahenten (welche von Civilrechts wegen die einzige bestehende Schuld ist) eine Klage auch gegen den dominus, bezw. den paterfamilias, bezw. den Auftraggeber (dominus negotii) gegeben: die vorhin aufgeführten Klagen. Die prätorische Klage ward der civilrechtlichen Klage hinzugefügt (non transfertur actio, sed adjicitur). Ein Zusatz der Klagformel drückt aus, weshalb aus der Schuld des Contrahenten ein anderer, der nach Civilrecht gar nicht verpflichtet ist, verklagt wird. Daher die heute übliche Bezeichnung dieser prätorischen Klagen als actiones adjecticiae qualitatis. Eine actio adjecticiae qualitatis ist also die Klage aus dem Contract des (unfreien oder freien) Stellvertreters gegen den Vertretenen. Sie ist in jedem einzelnen Fall die Klage, welche gegen den Contrahenten selber zuständig sein würde, aber mit dem betreffenden Zusatz (adjecticia qualitas), welcher zugleich die etwa eintretende Beschränkung der Haftung ausdrückt. War also ein Kaufgeschäft abgeschlossen worden, so würde der dritte Verkäufer gegen den Vertretenen (dominus, paterfamilias u. s. w.) mit der actio venditi de peculio, oder der actio venditi de in rem verso, oder der actio venditi institoria u. s. w. auftreten.

Das römische Recht ist auf diesem Standpunkt stehen geblieben, dafs aus dem Contract des Stellvertreters grundsätzlich der Contrahent (der Stellvertreter), und nicht der Vertretene haftet, dafs also die Haftung des Vertretenen in allen Fällen eine Haf-

tung aus fremder Schuld (aus der Schuld des Stellvertreters) sei. Das heutige Recht ist zu dem anderen Satz übergegangen, daſs der von dem bevollmächtigten Stellvertreter im Namen des Vertretenen abgeschlossene Contract direct den Vertretenen verpflichtet, der Vertretene also aus eigener Schuld haftet, nicht mehr aus fremder Schuld. Von Klagen nach Art der römischen actiones adjecticiae qualitatis kann daher heute nur noch die Rede sein, sofern etwa ein Hauskind vom Vater ein peculium profecticium empfing (actio de peculio), oder jemand ohne Vollmacht im Interesse des andern contrahierte (actio de in rem verso und utilis de in rem verso), in den Fällen also, wo der Contrahent zunächst sich selbst verpflichtet und verpflichten will, und deshalb wie einst im römischen Recht, so noch heute der Vertretene aus der Schuld des Contrahenten in Anspruch genommen wird.

§ 36 I. de action. (4, 6): Sunt praeterea quaedam actiones, quibus non solidum, quod debetur nobis, persequimur, sed modo solidum consequimur, modo minus: ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam, si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum pater dominusve condemnatur: si verso minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit.

§ 1 I. quod cum eo (4, 7): Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur. § 2: Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc locum habet, cum quis servum suum magistrum navis praeposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia, cui praepositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor appellatur is, ad quem cottidianus navis quaestus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernae forte, aut quilibet negotiationi servum praeposuerit, et quid cum eo ejus rei causa, cui praepositus erit, contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia, qui negotiationibus praeponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones praetor reddit, et si liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernae, aut cuilibet negotiationi praeposuerit, scilicet quia eadem aequitatis ratio etiam eo casu interveniebat.

§ 4 eod.: Praeterea introducta est actio de peculio deque eo, quod in rem domini versum erit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen, sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum praestare debeat, sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intellegitur, quidquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, vel etiam fundum, aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus fuerit.

§ 76.

Aufhebung der Forderungsrechte.

Die Aufhebung eines Forderungsrechtes erfolgt entweder ipso jure, d. h. von Civilrechts wegen, oder ope exceptionis, d. h. nur von prätorischen Rechts wegen. Im ersteren Fall erfolgt die Vernichtung des Forderungsrechts (denn das Civilrecht verfügt über das Dasein der Rechte). Im zweiten Fall erfolgt nur eine Hemmung des Rechts (denn der Prätor verfügt nur über die gerichtliche Geltendmachung der Rechte). Im ersteren Fall kann der Aufhebungsgrund seinerseits nicht wieder aufgehoben werden; es bedarf einer Neubegründung des Forderungsrechts. Im zweiten Fall ist es denkbar, daſs der Hemmungsgrund seinerseits in der Wirksamkeit gehemmt werde, so daſs das alte Forderungsrecht aufs neue geltend gemacht werden kann.

I. Ipso jure wirkende Aufhebungsgründe.

1) Der contrarius actus. Das alte Civilrecht fordert für die Aufhebung der Schuld rechtsförmliche Zahlung. Die bloſse Thatsache, daſs dem Gläubiger das Seine zugekommen ist (die solutio des jus gentium), ist nicht genügend, um die obligatio aufzuheben. Die rechtsförmliche Zahlung aber muſs ein doppeltes: sie muſs 1) den Gläubiger befriedigen, und sodann 2) die Befriedigung des Gläubigers solenn constatieren. Sie muſs also eine Zahlung mit rechtsförmlicher Befreiung des Schuldners sein.

Aus diesem Satz des alten Rechts sind die formalen Aufhebungsgründe des classischen Civilrechts hervorgegangen, welche durch die bloſse Form der Zahlung (imaginaria solutio) die

Befreiung des Schuldners herbeiführen, und zwar, infolge der formalistischen Neigung der alten pontificalen Jurisprudenz, durch eine Form, welche die Befreiung des Schuldners mittels der Umkehr des Eingehungsactes der obligatio (des contrarius actus) solenn constatiert.

Hierher gehört zunächst die nexi liberatio, welche als die Aufhebung der nexi obligatio (der Schuld aus dem solennen Damnationsdarlehn per aes et libram, oben S. 27) gedacht und stilisiert ist, obgleich sie nicht blofs der solennen Darlehnszahlung, sondern überhaupt der Zahlung aus der formalen Damnationsschuld alten Stils (Judicatsschuld, Damnationslegat, vgl. unten § 102) dient. Einst war die nexi liberatio echte Zahlung. Sie befreite den Schuldner durch das mit libripens und fünf Zeugen dem Gläubiger zugewogene aes und durch die Form, die certa verba nämlich, mit denen der Schuldner selber seine nun eingetretene Befreiung von der Schuld constatierte. Durch Einführung des gemünzten Geldes ward die nexi liberatio zur blofsen Scheinzahlung. Zunächst so, dafs sie die Form war, welche zu der (jetzt aufserhalb des Actes liegenden) Zahlung hinzukommen mufste, um den Schuldner zu befreien[1]). Dann so, dafs die blofse Form der nexi liberatio imstande war, die nexi obligatio und die ihr gleichwirkende Judicatsschuld und Damnationslegatsschuld aufzuheben. Die nexi liberatio ward zu einer Form nicht blofs der Zahlung, sondern ebenso des Erlasses, durch die solenne Form der Selbstquittung des Schuldners (unter Mitwirkung und also Zustimmung des Gläubigers) den Schuldner liberierend.

Wenn Schulden anderer Art zu zahlen waren, so ward die Rechtsförmlichkeit der Zahlung durch formelle Quittung des Gläubigers hergestellt. Auch für diese Quittung des Gläubigers ward von der Jurisprudenz der pontifices das Gesetz des contrarius actus durchgeführt. Ward eine litteris contrahierte Schuld

---

[1]) Es war also 1) die Form der nexi liberatio (per aes et libram), und 2) die effective Zahlung nötig. Die blofse Form befreite ursprünglich den Schuldner nicht. Vgl. oben S. 143 Anm. 11. Dies ist deutlich auch daran erkennbar, dafs die nexi liberatio bis zuletzt nur eine Damnationsschuld auf darlehnsfähige Sachen (oben S. 203) aufzuheben imstande war, dafs also bis zuletzt die nexi liberatio ein materiell bestimmtes Geschäft blieb, eine Darlehnszahlung und Zahlung darlehnsähnlicher Schulden.

(oben § 68) gezahlt, so mufste die Quittung litteris, d. h. durch litterale acceptilatio (S. 276), ward eine verbis contrahierte Schuld (§ 67) gezahlt, so mufste die Quittung des Gläubigers verbis (acceptilatio verbis) formell erteilt werden. Auch hier so, dafs zunächst nur die Summe beider Acte: Zahlung und Quittung (welche zusammen den einen Act der rechtsförmlichen Zahlung darstellten) den Schuldner befreite, dann später so, dafs die blofse Quittung als imaginaria solutio tilgende Kraft empfing.

So entstand die acceptilatio (litteris bezw. verbis), der formale Erlafsvertrag, welcher in der Form der verbalen acceptilatio im classischen Recht und ebenso im Corpus juris eine grofse Rolle spielt. Die acceptilatio verbis ist die stipulierte Quittung. Auf Frage des Schuldners bekennt der Gläubiger, das Geschuldete als vom Schuldner geleistet zu haben (quod ego tibi promisi, habesne acceptum? habeo). Diese Worte des Empfangsbekenntnisses heben nach classischem Recht die Forderung des Gläubigers aus der Stipulation ipso jure auf, weil sie die alte Form der Zahlung darstellen, den contrarius actus für die verbis contrahierte obligatio. Aber nach dem Gesetz des contrarius actus kann nur die Verbalobligation, also die Stipulationsschuld, durch solche acceptilatio getilgt werden (wie durch litterale acceptilatio nur die Litteralschuld, S. 277). Sollen andere Schulden durch acceptilatio verbis getilgt werden, so müssen sie vorher durch Novation (unten unter 2) in eine Stipulationsschuld verwandelt worden sein. Ist eine Generalquittung und Decharge durch acceptilatio beabsichtigt, so wird das Formular der sog. stipulatio Aquiliana gebraucht, um alle Verpflichtungen des einen gegen den andern zunächst verbis zu novieren (in Stipulationsschuld zu verwandeln) und sodann verbis zu acceptoferieren. Die stipulatio Aquiliana war also eine Generalstipulation zum Zweck der Generalacceptilation.

Die acceptilatio litteris ist mit dem Litteralcontract abgekommen, und ist im Justinianischen Recht die acceptilatio verbis daher die einzige Art der Acceptilation.

Unter den Gesichtspunkt des contrarius actus ist von den römischen Juristen auch die Aufhebung des Consensualcontractes mutuo dissensu gebracht worden. Solange noch von keiner Seite geleistet ist, also lediglich der consensus als obligatorisches

Moment existiert, kann die consensu contrahierte obligatio durch mutuus dissensus aufgehoben werden[2]).

L. 80 D. de solut. (46, 3) (Pomponius): Prout quidque contractum est, ita et solvi debet.

Gaj. Inst. III § 173: Est etiam alia species imaginariae solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex judicati causa debeatur. § 174: Eaque res ita agitur: adhibentur non minus quam quinque testes et libripens; deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: QUOD EGO TIBI TOT MILIBUS CONDEMNATUS SUM, ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA: HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQUE EXPENDO SECUNDUM LEGEM PUBLICAM; deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvend causa. § 175: Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est, ut tamen scilicet, sicut judicatus condemnatum se esse significat, ita heres testamento se dare damnatum esse dicat; de eo tamen tantum potest heres eo modo liberari, quod pondere, numero constet, et ita si certum sit: quidam et de eo, quod mensura constat, idem existimant.

§ 1 I. quib. mod. obl. toll. (3, 29): Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur haec verba debitorem dicere: QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM? et Titius respondeat: HABEO. Sed et Graece potest acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet: *ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών.* Quo genere, ut diximus, tantum eae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi. Sed id, quod ex alia causa debebur, potest in stipulationem deduci, et per acceptilationem dissolvi.

§ 2 eod.: Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur et ea per acceptilationem tollatur. Stipu-

---

[2]) Vgl. zu dem obigen Erman, Zur Geschichte d. römischen Quittungen und Solutionsacte (1883).

latio enim Aquiliana novat omnes obligationes et a Gallo Aquilio ita composita est: QUIDQUID TE MIHI EX QUACUMQUE CAUSA DARE, FACERE OPORTET, OPORTEBIT, PRAESENS IN DIEMVE, QUARUMQUE RERUM MIHI TECUM ACTIO, QUAEQUE ABS TE PETITIO, VEL ADVERSUS TE PERSECUTIO EST, ERIT, QUODQUE TU MEUM HABES, TENES, POSSIDES, POSSIDERESVE, DOLOVE MALO FECISTI, QUOMINUS POSSIDEAS: QUANTI QUAEQUE EARUM RERUM RES ERIT, TANTAM PECUNIAM DARI STIPULATUS EST AULUS AGERIUS, SPOPONDIT NUMERIUS NEGIDIUS. ITEM EX DIVERSO NUMERIUS NEGIDIUS INTERROGAVIT AULUM AGERIUM: QUIDQUID TIBI HODIERNO DIE PER AQUILIANAM STIPULATIONEM SPOPONDI, ID OMNE HABESNE ACCEPTUM? RESPONDIT AULUS AGERIUS: HABEO ACCEPTUMQUE TULI.

§ 4 eod.: Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam, si Titius et Sejus inter se consenserunt, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureorum, deinde, re nondum secuta, id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est et in conductione et locatione et omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt.

2) Befriedigung des Gläubigers. Mit dem Eindringen des jus gentium in das jus civile machte sich die Rechtskraft der materiellen Befriedigung des Gläubigers als solcher geltend. Es bedarf nicht mehr der rechtsförmlichen Zahlung; es genügt die formlose Zahlung und was ihr gleich steht. Die Rechtsform der Zahlung einerseits, die Zahlung selber andererseits gehen ihren besonderen Weg. Der Rechtsform der Zahlung entspringen, wie sich soeben gezeigt hat, die formalen Erlafsverträge; aus der von ihrer Form befreiten Zahlung aber wird die solutio des classischen Rechts.

Solutio ist die Leistung des Geschuldeten, mag es sich um eine Darlehnsschuld, oder eine Mietschuld, oder sonst eine Schuldverbindlichkeit handeln. Die solutio ist die Zahlung im materiellen Sinn und hat gemeinbefreiende Kraft, nicht blofs in bestimmten Fällen, wie die rechtsförmlichen Zahlungshandlungen des alten Civilrechts. Und zwar befreit sie um ihres Erfolges willen, unabhängig von ihrer äufseren Form. Es ist nicht notwendig, dafs gerade der Schuldner zahle; es kann vielmehr (falls nicht

die Natur der Leistung es verbietet) auch von jedem Dritten anstatt des Schuldners gezahlt werden. Es ist ferner nicht notwendig, dafs gerade dem Gläubiger geleistet sei. Es kann mit gleicher befreiender Wirkung auch an einen andern gezahlt werden, z. B. an den Gläubiger des Gläubigers, oder an den solutionis causa adjectus (an welchen zu zahlen, der Gläubiger dem Schuldner verstattet hat)[3]). Es ist ferner nicht notwendig, dafs dem Gläubiger genau das Geschuldete geleistet werde. Ist der Gläubiger damit einverstanden, so tritt der gleiche befreiende Erfolg ein, wenn ihm etwas anderes anstatt des Geschuldeten geleistet wird (sog. datio in solutum). Ja, es kann sein, dafs der Gläubiger befriedigt ist, ohne dafs ihm auf Grund dieser Schuld irgend etwas geleistet wurde. So in dem Fall des sog. concursus causarum lucrativarum. Hat der Gläubiger das ihm aus lucrativem Grunde (Schenkung oder Vermächtnis) Geschuldete anderweitig lucrativ (durch Schenkung oder Vermächtnis) erhalten, so ist der Zweck auch der ersten Obligation erreicht, und geht dieselbe durch Befriedigung, obgleich ohne sonderliche Zahlung, unter.

Der Zahlung verwandt ist die Novation, die Befriedigung des Gläubigers nicht durch Leistung, aber durch ein neues, streng einseitiges Zahlungsversprechen (stricti juris obligatio). Seitdem der Litteralcontract untergegangen, ist die Stipulation das einzige Mittel der Novation (vgl. oben S. 270). Sie verwandelt, sei es mit, sei es ohne Personenwechsel, die bestehende Schuld in eine Stipulationsschuld. Der Gläubiger ist besser gestellt als zuvor. Er braucht nicht mehr auf die ursprünglichen Verhältnisse zurückzugehen, es genügt, wenn er die Stipulation beweist. Diese processualische Verbesserung seiner Lage ist das Befriedigende in der Novation. Die frühere Schuld geht unter, vorausgesetzt nur, dafs nicht eine accessorische Stipulation (ein zweiter Schuldgrund neben dem früheren), sondern wirkliche Novationsstipulation, d. h. Aufhebung der alten Schuld (ein neuer Schuldgrund an-

---

[3]) Der solutionis causa adjectus ist derjenige, an welchen der Schuldner zu zahlen laut Vertrages berechtigt ist; der Correalgläubiger dagegen, z. B. der adstipulator (oben S. 272), ist ein Dritter, an welchen zu zahlen der Schuldner gleichfalls verpflichtet ist. Der solutionis causa adjectus kann gegen den Schuldner nicht klagen, wohl aber der adstipulator.

statt des früheren) in erkennbarer Weise beabsichtigt war (sog. animus novandi).

pr. I. quib. mod. toll. obl. (3, 29): Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur, vel si quis, consentiente creditore, aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo. Liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit. Non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.

§ 3 eod.: Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si id, quod tu Sejo debeas, a Titio dari stipulatus sit. . . Sed, cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioquin manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere.

L. 17 D. de O. et A. (44, 7) (Julian.): Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.

3) Unmöglichwerden der Erfüllung. Die Erfüllung der Obligation kann unmöglich werden durch casus, nämlich durch vom Schuldner nicht verschuldeten Untergang der Sache, und durch confusio, d. h. durch Zusammentreffen der Gläubiger- und Schuldnereigenschaft in derselben Person, z. B. infolge Erbgangs. In beiden Fällen ist der Zweck der Obligation nicht mehr erreichbar, und geht die Forderung, soweit die Wirkung von casus und confusio reicht, ipso jure zu Grunde.

L. 33 D. de V. O. (45, 1) (Pomponius): Si Stichus certo die dare promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor.

L. 95 § 2 D. de solut. (46, 3) (Papinian.): Aditio hereditatis nonnumquam jure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris, vel contra debitor creditoris adierit hereditatem.

II. Ope exceptionis wirkende Aufhebungsgründe.

1) Das pactum de non petendo, d. h. der formlose

Erlafsvertrag, wird vom prätorischen Recht als allgemeiner Aufhebungsgrund der Obligation behandelt, aus welchem Grunde dieselbe auch entstanden sei, während die formalen Erlafsverträge des Civilrechts nur nach dem Gesetz des contrarius actus wirksam sind (oben I 1), die acceptilatio (verbis) also nur die Stipulationsschuld aufzuheben imstande ist. Wird aus einem bonae fidei negotium geschuldet, so bewirkt ein Nachlafsvertrag allerdings auch nach Civilrecht (ipso jure), dafs aus dem bonae fidei negotium nichts mehr gefordert werden kann, weil die Forderung einer erlassenen Schuld der bona fides widersprechen würde, aber der Erlafsvertrag wirkt hier nicht als solcher um des Erlasses willen, sondern er wirkt, gleich einer Reihe von andern undefinierbaren Umständen, lediglich um der bona fides willen. Handelt es sich um ein negotium stricti juris, so ist der Erlafsvertrag (soferne er nicht die Erfordernisse des contrarius actus erfüllt) nach Civilrecht unwirksam; der Schuldner mufs dennoch zahlen, denn der Erlafsvertrag ist als solcher dem Civilrecht unbekannt. Der Prätor aber giebt dem Verklagten exceptio pacti de non petendo: nach prätorischem Recht ist der Erlafsvertrag als solcher wirksam. Sollte aber etwa später ein neues Übereinkommen unter den Parteien dahin geschlossen worden sein, dafs doch gezahlt werden solle (pactum de petendo), so wird die exceptio pacti de non petendo durch replicatio pacti de petendo elidiert werden können, und wird also dennoch aus der ursprünglichen Forderung wirksam geklagt werden. Das pactum de non petendo, weil blofs nach prätorischem Recht wirksam, erzeugt eine blofse Hemmung der Obligation, und daher einen Aufhebungsgrund, welcher seinerseits aufhebbar ist.

§ 3 I. de except. (4, 13): Praeterea debitor, si pactus fueri cum creditore, ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur. Qua de causa efficax est adversus eum actio, qua actor intendit: SI PARET, EUM DARE OPORTERE. Sed, quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

2) Die Compensation, d. h. die Aufrechnung mit einer gleichartigen Gegenforderung[4]), mufste bei bonae fidei judicia

[4]) In der Geschichte der Compensation ist vieles streitig. Über die Controverse handelt neuerdings, sorgfältig über die verschiedenen Ansichten Be-

in gewissen Grenzen schon nach Civilrecht (ipso jure) als zulässig erscheinen. Es widersprach der bona fides, den Beklagten zu verurteilen, soweit der Kläger ihm aus demselben Contract (ex eadem causa) Gleichartiges seinerseits zu leisten hatte. Aber es war auch hier nicht ein Compensationsrecht des Beklagten, welches vom Civilrecht als solches anerkannt worden wäre. Vielmehr stand es durchaus im Ermessen des judex, ob ihm eine solche Compensation im Einzelfall statthaft dünkte[5]), und war es also nur die eigentümliche Beschränkung des klägerischen Rechts bei bonae fidei judicia (nur das fordern zu dürfen, was der bona fides entsprechend ist), womit jene Beschränkung der beklagtischen Condemnation nach Civilrecht (kraft und nach Mafsgabe des officium judicis) in solchen Fällen gegeben war. Der aus einem bonae fidei negotium Verklagte ward mit Rücksicht auf seine aus demselben Contract entspringende Gegenforderung gemäfs dem Civilrecht freigesprochen (oder zu weniger verurteilt) nicht um eines dem Beklagten zuständigen Compensationsrechts willen, sondern lediglich um der (das officium judicis regierenden) bona fides willen.

Der Mangel eines beklagtischen Compensationsrechts zeigte sich sofort bei den stricti juris actiones. Der Verklagte ward nach Civilrecht aus dem Darlehn condemniert, wenn er auch seinerseits eine ebenso grofse Capitalgegenforderung gegen den Kläger geltend zu machen imstande war[6]). Aber der Prätor machte das Dasein einer compensablen Gegenforderung auch für die actiones stricti juris relevant.

Berief sich der Beklagte in jure, also in dem ersten Stadium des Processes, vor dem Magistrat, bevor noch die formula

---

richt erstattend, E. Stampe, Das Compensationsverfahren im vorjustinianischen stricti juris judicium (1886). Dazu Eisele in der Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 29 S. 37 ff.

[5]) Gaj. IV § 63 (Studemund ed. 2.): Liberum est tamen judici (bei bonae fidei judicia) nullum omnino invicem conpensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei judicio conveniens videtur; ideo officio ejus contineri creditur.

[6]) Bei negotia stricti juris ist wegen ihrer Natur als lediglich einseitig verbindlicher Geschäfte keine Gegenforderung ex eadem causa, sondern immer nur eine Gegenforderung ex dispari causa möglich.

erteilt war (oben S. 134), auf eine compensable Gegenforderung, so inserierte der Prätor eine exceptio doli in die formula (oben S. 180). Er behandelte es als eine Unbilligkeit seitens des Klägers, wenn dieser seine Forderung aus dem negotium stricti juris ohne Rücksicht auf eine compensable Gegenforderung des Beklagten geltend machte: nach Civilrecht war das zulässig, aber der Prätor wollte es nicht dulden. Der Erfolg einer solchen exceptio doli (auf Grund compensabler Gegenforderung) war jedoch nicht die Compensation, sondern (falls der Beklagte in judicio das Dasein seiner Gegenforderung darthat) die Absolution des Beklagten, ohne Rücksicht auf die Höhe seiner Gegenforderung. Auch der Prätor hatte der actio stricti juris gegenüber noch keine Compensation eingeführt, sondern nur einen indirecten Zwang für den Kläger, daſs dieser bei Anstellung seiner Klage (genauer: vor Erteilung der formula, also vor der litis contestatio) seinerseits compensiere, um nicht der ganzen Forderung verlustig zu gehen.

Den Fortschritt bewirkte hier ein Rescript von Marc Aurel: der exceptio doli, welche im stricti juris judicium auf Grund einer compensablen Gegenforderung der formula inseriert wurde, ward Compensationswirkung beigelegt. Der Beklagte ward also auf Grund seiner exceptio doli jetzt in solchem Fall nicht mehr schlechtweg von der ganzen Schuld, sondern nur soweit freigesprochen, als seine Gegenforderung reichte. Noch immer aber blieb das prätorische Rechtsmittel der exceptio doli notwendig, damit der Beklagte sein Compensationsrecht der actio stricti juris gegenüber geltend machen könne: er muſste also nach wie vor bei stricti juris judicia schon in jure auf die Gegenforderung sich berufen, damit die exceptio doli in die Formel aufgenommen werde. Sein Compensationsrecht war ihm noch immer nicht ipso jure, nach Civilrecht, sondern nur ope exceptionis, nach prätorischem Recht, zuständig.

Aber es war eine eigentümliche Art von exceptio, diese exceptio doli mit Compensationswirkung. Das Wesen der exceptio ist, „ausnahmsweise" die Freisprechung des Beklagten herbeizuführen (oben S. 177. 182). Hier war eine exceptio eingeführt, welche nicht über das Ob der Condemnation, sondern über

den Inhalt der Condemnation entscheiden sollte[7]). Es war eine exceptio, welche sachlich keine exceptio („Ausnahme“ von dem Condemnationsbefehl), sondern vielmehr eine Interpretation des Condemnationsbefehls bedeutete. Das Recht des Klägers auf Condemnation ward jetzt durch diese exceptio doli nicht mehr alteriert (das Bedingungsverhältnis von intentio und condemnatio ward nicht verändert): es war nur die Frage, zu wieviel der Beklagte würde condemniert werden. So hatte früher schon der Prätor dem bonorum emtor (oben S. 188) eine Klage nur „cum deductione“ gegeben. Wenn der bonorum emtor aus einer Forderung des Concursschuldners klagte, so ward der Richter angewiesen, den Beklagten nur „unter Abzug“ dessen zu verurteilen, was dieser etwa seinerseits als Gläubiger des Concursschuldners dagegen zu fordern hatte. Die condemnatio ward dadurch zu einer incerti condemnatio, auch wenn das Forderungsrecht des bonorum emtor auf ein certum gerichtet war[8]). So war denn jetzt die exceptio doli auf Grund einer Gegenforderung das Mittel, um die actio stricti juris schlechtweg in eine Klage mit condemnatio incerti zu verwandeln.

War die exceptio doli gebraucht und sodann die Gegenforderung im Procefs dargethan worden, so fragte es sich: welche Wirkung der Richter der Gegenforderung beizulegen habe. Sollte es so angesehen werden, als werde die klägerische Forderung jetzt erst um den betreffenden Betrag getilgt, infolge des vom Richter

---

[7]) Wenn Paulus in l. 22 pr. D. de except. (44, 1) sagt: exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem, so ist hier die exceptio doli, welche die Compensation vermittelt, bereits berücksichtigt, aber zugleich tritt der innere Widerspruch, welcher in einer condicio, quae minuit damnationem liegt, klar hervor.

[8]) Anders ward der argentarius, der Bankier behandelt, welchen der Prätor nötigte, aus dem Contocorrentverhältnis „cum compensatione“ zu klagen, weil das auf eine Reihe von Zahlungen und Gegenzahlungen gerichtete Contocorrentverhältnis nicht zur Zahlung der einzelnen Posten, sondern zur Zahlung nur des Saldo obligiert. Die intentio ward hier auf den Saldo gestellt, auf das, was der Kläger „mehr“ von dem anderen zu fordern hatte, so dafs hier bei certa intentio der Kläger genau das in der intentio angegebene Plus haben mufste, um den Procefs zu gewinnen, während bei dem agere cum deductione das Mafs, um welches die Forderung durch Gegenforderung gemindert werden würde, in der formula dahin gestellt blieb.

anerkannten Compensationsbegehrens des Beklagten? Oder sollte es so angesehen werden, als ob die klägerische Forderung um den entsprechenden Betrag schon damals getilgt worden wäre, als die Gegenforderung ihr gegenübertrat? Die Forderung des Klägers war z. B. verzinslich, die Gegenforderung des Beklagten war unverzinslich. Bei der ersteren Art der Behandlung konnte der Kläger die Zinsen der Zwischenzeit fordern, in dem andern Fall nicht. Die Frage war: handelt es sich bei der Compensation um Disposition, um ein Begehren des Verklagten, jetzt den Compensationsvertrag mit dem Kläger abzuschliefsen (dann mufs die Compensation nur für die Zukunft wirken, nicht auch für die Vergangenheit); oder handelt es sich um einfache Allegation einer Thatsache (der Gegenforderung), welche auch ohne Zuthun des Beklagten und ohne Willen des Klägers von selber die verpflichtende Kraft des klägerischen Rechts auf das Plus beschränkte? Im letzteren Fall mufs die Compensation rückwärts wirken bis zum Augenblick der entstandenen Gegenforderung Die römische Jurisprudenz hat sich für die zweite Alternative entschieden und drückt dies in dem Satz aus: ipso jure compensari. Immer aber bewirkt die Entstehung der Gegenforderung als solche nur eine provisorische Bindung der anderen Forderung, nicht unmittelbar die Aufhebung derselben. Damit die Bindung zur Aufhebung werde, ist entweder freier Compensationsvertrag der Parteien, oder die siegreich durchgeführte Compensationseinrede im Procefs notwendig. In beiden Fällen wird dann definitiv die eine Forderung an und durch die andere gebunden und damit aufgehoben. Bevor die definitive Bindung erfolgt ist, kann die provisorische Bindung durch Zahlung der einen Schuld, auch durch Compensation mit einer anderen Gegenforderung rückgängig gemacht werden. So bedeutet die Gegenforderung immer nur einen ipso jure wirkenden Compensationsgrund, welcher sofort die Kraft des gegnerischen Forderungsrechts zu Gunsten des Schuldners lähmt — eine Wirkung, welche durch andere Vorgänge wieder rückgängig gemacht werden kann —, niemals aber einen ipso jure wirkenden Aufhebungsgrund. Die Aufhebung infolge der Gegenforderung erfolgt nicht ipso jure, sondern immer erst durch den Vertrag oder das richterliche Urteil — und dies richterliche Urteil hat im stricti

juris judicium nach wie vor die vom Prätor gewährte exceptio doli zur Voraussetzung. Die aufhebende Wirkung der Gegenforderung tritt also im Procefs jetzt wie einst kraft prätorischen Rechtes (ope exceptionis), nicht kraft Civilrechts (ipso jure) ein — trotz des: ipso jure compensari. Justinian hat dann die Compensationseinrede zu einem im processualischen Sinne ipso jure wirkenden Verteidigungsgrund gemacht. Nach Justinianischem Recht kann die Compensationseinrede zu jeder Zeit im Procefs vorgebracht werden, ohne dafs der Richter irgend welcher besonderen Ermächtigung zur Berücksichtigung derselben bedürfte. Die einzige Voraussetzung ist (relative) Liquidität der Gegenforderung, d. h. ihr Beweis darf keine Verzögerung des Processes verursachen. In diesem Sinne ist die Compensationseinrede, und zwar ex dispari causa ebenso wie ex eadem causa, jedem Anspruch, auch dem mit dinglicher Klage geltend gemachten gegenüber (es wird z. B. mit der dinglichen Klage Schadensersatz gefordert) von Justinian zugelassen worden, nur bestimmte Fälle, z. B. die actio depositi directa, ausgenommen. Aber auch nach Justinianischem Recht wirkt die Gegenforderung privatrechtlich keine Aufhebung der anderen Forderung ipso jure, sondern nur einen Hemmungsgrund, welcher erst durch Vertrag oder Urteil in einen Aufhebungsgrund sich verwandelt.

L. 1 D. de compensat. (16, 2) (Modestinus): Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.

L. 21 eod. (Paulus): Posteaquam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

L. 11 eod. (Ulpian.): Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas.

§ 30 I. de act. (4, 6): In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bona et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, condemnari debeat[9]). Sed et in strictis judiciis

[9]) In der Vorlage (Gaj. IV § 61), welche bei Abfassung dieser Stelle benutzt wurde, hiefs es: [In quo et illud] continetur, ut, habita ratione ejus,

ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive personales, sive alias quascumque; excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

3) Über die Aufhebung der Forderung durch litis contestatio vgl. oben S. 186.

Die capitis deminutio, auch die minima (vgl. oben S. 114), hob nach Civilrecht die Contracts- und Quasicontractsschulden des capite minutus auf. Der Prätor machte diesen Untergang der Forderungsrechte unschädlich, indem er den Gläubigern gegen die capitis deminutio minima in integrum restitutio erteilte; im Fall der capitis deminutio media und maxima gab er eine utilis actio in eos, ad quos bona eorum pervenerunt (l. 2 pr. D. 4, 5).

L. 2 § 1 D. de cap. min. (4, 5): Ait Preetor: QUI QUAEVE, POSTEAQUAM QUID CUM HIS ACTUM CONTRACTUMVE SIT, CAPITE DEMINUTI DEMINUTAE ESSE DICENTUR, IN EOS EASVE PERINDE, QUASI ID FACTUM NON SIT, JUDICIUM DABO.

---

quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare. Nach classischem Recht war, wie oben bemerkt, die kraft der bona fides (im bonae fidei judicium) stattfindende Compensation auf Gegenforderungen aus dem nämlichen Contract beschränkt. Nach Justinianischem Recht ist es gleichgiltig, aus welchem Rechtsgrunde die Gegenforderung entspringt.

Drittes Buch.

Familien- und Erbrecht.

Erstes Capitel.

Das Familienrecht.

§ 77.

Einleitung.

Die Familienverhältnisse sind, insofern sie durch rechtliche Regelung den Charakter von Rechtsverhältnissen empfangen, teils Gewaltverhältnisse, teils Vermögensverhältnisse. Dem Privatrecht würde seinem Begriff nach nur die Darstellung der Familien-Vermögensverhältnisse zufallen (oben S. 94), das sog. Familiengüterrecht. Da aber die Natur dieser Vermögensverhältnisse durch die Natur der entsprechenden Gewaltverhältnisse bedingt ist, so wird die Darstellung des sog. reinen Familienrechts (des Rechts der Familiengewaltverhältnisse) mit der Darstellung des Familienprivatrechts (des Rechts der Familienvermögensverhältnisse) verbunden.

Die Familie erzeugt dreierlei Gewaltverhältnisse und dem entsprechend dreierlei Arten von Vermögensverhältnissen: das eheliche Verhältnis (mit dem ehelichen Güterrecht), das väterliche Verhältnis (mit dem väterlichen Güterrecht), das vormundschaftliche Verhältnis (mit dem vormundschaftlichen Güterrecht). Das Familienrecht zerfällt daher in drei Teile: Eherecht, Recht der patria potestas, Recht der Vormundschaft.

Vorauszuschicken ist im folgenden die Lehre von dem Begriff und der Gliederung der Familie, um damit die Grundlage des gesamten Familienrechts zu gewinnen.

§ 78.

Die Familie.

I. Der Begriff der Familie. Die Familie im Sinn des römischen Civilrechts ist die Agnatenfamilie, d. h. die Gesamtheit aller, welche durch die Gemeinschaft der patria potestas mit einander verbunden sind. Agnaten sind alle diejenigen, welche unter derselben patria potestas stehen oder stehen würden, falls der gemeinschaftliche Stammvater noch lebte. Die Blutsverwandtschaft ist nicht genügend, um die Agnation hervorzubringen. Die Mutter ist als solche nicht Agnatin ihrer leiblichen Kinder, sondern nur dann, wenn sie (die Mutter) infolge der Ehe in die manus, d. h. in die patria potestas ihres Ehemannes eingetreten, also durch die Gemeinschaft der patria potestas mit ihren Kindern verwandt ist: sie ist dann die agnatische Schwester ihrer Kinder. Ferner: die Enkel von der Tochter sind nicht agnatisch mit dem Grofsvater verwandt: weil sie in die patria potestas ihres Vaters (bezw. des väterlichen Grofsvaters, vgl. oben S. 110) fallen, also mit dem Grofsvater mütterlicher Seite nicht durch das Mittel der patria potestas zusammenhängen. Umgekehrt ist die Blutsverwandtschaft für das Dasein der Agnation nicht notwendig. Überall da, wo durch Adoption, in manum conventio die patria potestas kraft Rechtsgeschäftes künstlich entsteht, wird zugleich die Agnation nicht blofs mit dem Adoptierenden, dem Ehemann, sondern auch mit der ganzen übrigen agnatischen Verwandtschaft des neuen Anverwandten begründet, weil die Gemeinschaft der patria potestas das nach Civilrecht für die Verwandtschaft allein entscheidende Moment ist.

Die civilrechtliche Familie der Agnaten stellt die Hausgenossenschaft dar. Die Gemeinschaft der patria potestas, welche entweder wirklich noch besteht oder doch idealerweise in ihren Wirkungen fortlebt, bedeutet die Gemeinschaft des Hauses im technischen Sinn des Wortes. Das bestimmende Moment dieser Gemeinschaft ist die Verwandtschaft von der Vaterseite

(per virilem sexum), ihre formelle Grundlage ein rechtliches Verhältnis, die patria potestas, welches sowohl künstlich erzeugt (die vorhin schon genannten Fälle der Adoption, in manum conventio), sowie auch künstlich aufgehoben werden kann (die Fälle der capitis deminutio minima, oben S. 114).

Das jus gentium hat einen anderen Begriff von der Familie. Die Familie des jus gentium ist die Cognatenfamilie. Cognation ist die auf Blutsgemeinschaft ruhende Verwandtschaft. Die Mutter ist die geborene Repräsentantin des cognatischen, wie der Vater des agnatischen Princips. Ja, vielleicht gab es eine Zeit, wo die Cognation nur durch Verwandtschaft von der Mutterseite erzeugt ward, wie die Agnation umgekehrt nur durch Verwandtschaft von der Vaterseite. In historischer Zeit wird die Cognation durch Verwandtschaft von der Vater- wie von der Mutterseite begründet. Die Agnation erscheint nicht mehr als der Gegensatz, sondern nur als der engere Kreis innerhalb der Cognation.

Das Wesen der Cognation ist Blutsgenossenschaft, nicht Hausgenossenschaft, ihre Grundlage ein natürliches, nicht ein rechtliches Verhältnis. Daher kann die Cognation, anders als die Agnation, weder künstlich aufgehoben, noch auch (als solche) künstlich begründet werden. Doch hat das Eintreten der agnatischen Verwandtschaft in den Kreis der Cognaten bewirkt, daſs die künstliche Erzeugung der Agnation zugleich auch Cognatenrechte giebt, in diesem Sinne also auch die Cognation hervorbringt.

Der Gang des römischen Familien- und Erbrechts war dieser, daſs das altrömische Civilrecht nur die Agnation berücksichtigte, dann, insbesondere durch den Prätor, die Berücksichtigung auch der Cognation aufkam, bis endlich durch die Kaisergesetzgebung die Cognation den Sieg davontrug. Die letzte Arbeit vollbrachte auch in dieser Hinsicht Justinian, zum Teil erst durch seine Novellengesetzgebung. Wie einst nur die Agnation, so ward jetzt nur die Cognation von entscheidender Bedeutung. Die Familie des jus gentium siegte über die Familie des jus civile.

§ 1 I. de leg. agn. tutela (1, 15): Sunt autem adgnati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus

et patrui filius, neposve ex eo. At, qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali jure cognati.

L. 10 § 4 D. de gradibus (38, 10) (Paulus): Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem. Nam, qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem, qui cognatus est, et adgnatus est. Alterum enim civile, alterum naturale nomen est.

L. 195 § 5 D. de V. S. (50, 16) (Ulpian.): Mulier autem familiae suae et caput et finis est.

II. Die Gliederung der Familie. Die Familie gliedert sich in Ascendenten und Descendenten einerseits, in Seitenverwandte andererseits. Ascendenten und Descendenten sind mit einander in gerader Linie (linea recta) verwandt: der eine stammt von dem andern ab. Seitenverwandte sind mit einander in der Seitenlinie (linea transversa oder obliqua) verwandt: sie stammen von einem gemeinschaftlichen Dritten ab.

Die Nähe oder der Grad der Verwandtschaft, sowohl in gerader Linie wie in der Seitenlinie, bestimmt sich nach der Zahl der Zeugungen, welche zwischen den beiden Personen liegen, nach deren Verwandtschaft gefragt wird. Quot generationes, tot gradus. Der Vater ist also mit seinem Kinde im ersten Grade, mit seinem Enkel im zweiten Grade, Geschwister sind mit einander im zweiten Grade verwandt u. s. w. Vollbürtig heifst die Seitenverwandtschaft, wenn Vater und Mutter gemeinsam sind, halbbürtig heifst sie, wenn nur entweder der Vater oder die Mutter gemeinsam ist. Vollbürtige Geschwister (heute als germani bezeichnet) und Geschwister, welche nur den Vater gemeinsam haben, heifsen bei den Römern consanguinei; Geschwister, welche nur die Mutter gemeinsam haben, uterini. Mehrfache Verwandtschaft kommt dann vor, wenn bereits die Eltern mit einander verwandt sind. Affinität (Schwägerschaft) ist das verwandtschaftsähnliche Verhältnis des einen Ehegatten zu den Cognaten des andern. Aufsereheliche Geburt erzeugt eine Verwandtschaft nur mit der Mutter und deren Anverwandten, nicht mit dem aufserehelichen Vater.

Die Gentilen des altrömischen Rechts waren Geschlechtsvettern, einen weiteren Verband über der Familie bildend von öffentlich-rechtlicher und privat-rechtlicher Bedeutung (vgl. z. B.

unten § 98). Später ist daraus, indem das Bewufstsein der Zusammengehörigkeit verloren ging, eine blofse Namensvetterschaft geworden, welche rechtlich ohne Wirkung ist.

L. 1 pr. D. de grad. (38, 10) (Gajus): Gradus cognationis alii superioris ordinis sunt, alii inferioris, alii ex transverso sive a latere. Superioris ordinis sunt parentes, inferioris liberi; ex transverso sive a latere fratres et sorores liberique eorum. § 1: Sed superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit; ex transverso sive a latere nullus est primus gradus, et ideo incipit a secundo.

L. 10 § 14 eod. (Paulus): Avia paterna mea nupsit patri tuo, peperit te; aut avia paterna tua nupsit patri meo, peperit me: ego tibi patruus sum et tu mihi.

Cicero Top. c. 6: Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum majorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est. Nihil enim video, Scaevolam pontificem ad hanc definitionem addidisse.

Gaj. Inst. III § 17: Et cum illic admonuerimus, totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco de eadem re curiosius tractare.

I. Das Eherecht.

§ 79.

Ehe und Eheschliefsung.

Die Ehe ist die gesetzmäfsige volle Verbindung von Mann und Frau zu gegenseitiger Lebensgemeinschaft. Zu dieser vollen Verbindung gehört nach altrömischem Recht die volle Gewalt des Mannes über die Person der Frau (manus mariti). Die Ehe wird deshalb durch das altherkömmliche Geschäft des Brautkaufs (coëmtio) geschlossen: die Tochter wird ihrem Gewalthaber abgekauft[1]), um durch Erwerb der eheherrlichen Gewalt das

[1]) Später verkauft die Frau sich selbst, gerade wie in Deutschland an die Stelle der Verlobung durch den väterlichen, bezw. vormundschaftlichen Gewalthaber später die Selbstverlobung der Tochter tritt, welche dann auch das Handgeld des Käufer-Bräutigams selbst empfängt.

Rechtsverhältnis der Ehe hervorzubringen. Daneben ist eine sacrale Form der Eheschliefsung, die confarreatio, ausgebildet worden: ein unter gewissen Ceremonien mit vorgeschriebenen feierlichen Worten (certa verba) dem Jupiter dargebrachtes Opfer erzeugt in solenner Weise Opfergemeinschaft und damit Lebensgemeinschaft der Ehegatten, und dann, weil beides als untrennbar erscheint, den Eintritt der Ehefrau in die manus mariti. Die coëmtio läfst das Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft aus dem Erwerb der Gewalt über die Frau, die confarreatio umgekehrt die Gewalt über die Frau aus dem Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft hervorgehen. Die coëmtio war die gemeine Eheschliefsungsform für alle römischen Bürger, für die plebejische wie für die patricische Ehe; die confarreatio war eine besondere Eheschliefsungsform für den Stand der Patricier.

Diese Manus-Ehe mit ihren besonderen strengen Wirkungen für Person und Vermögen der Frau (unten § 80) gehört dem eigentümlich römischen jus civile an. Der Peregrine ist daher von solcher Ehe sowie von den Formen, welche dieselbe hervorbringen, ausgeschlossen. Das jus connubii des römischen Bürgers, welches seit der lex Canuleja (443 v. Chr.) auch für die Eheschliefsung zwischen Patriciern und Plebejern gegeben ist, besteht in dem Recht, eine solche römische Ehe mit manus abzuschliefsen.

Das Wesen der Ehe fordert so sehr die eheherrliche manus, dafs die manus nach altem Civilrecht auch da, wo die Ehe ohne die nötige Form eingegangen wurde, von selber eintritt, wenn der ernstliche Wille ehelichen Verhältnisses durch die thatsächlich ununterbrochen fortgesetzte eheliche Gemeinschaft zweifellos geworden ist. Wie die Braut gekauft wird, so kann sie auch ersessen werden. Der eine Satz war nicht minder wie der andere eine Consequenz der alten Anschauung, welche die Tochter gleich einem dem Vater gehörigen Vermögensobject behandelte. Grundstücke ersafs man in zwei Jahren; für alles andere (ceterae res) galt einjährige Ersitzungsfrist (oben S. 215). So ward also die fremde Tochter, welche man ohne rechtmäfsigen Kauf oder ohne confarreatio heimgeführt hatte, in einem Jahr ersessen. Damit entstand die manus, wie man sagte, usu, und

mit der manus dann die volle rechte Ehe römischen Civilrechts[2]).

Diese ganze Entwickelung hat sehr früh stattgefunden, wie sie ja auch an sich die Züge hohen Alters trägt. Zur Zeit der 12 Tafeln war die Usus-Ehe bereits in voller Anerkennung und sehr häufiger Anwendung. Ja, noch mehr, die 12 Tafeln bezeugen, daſs die Grundlage der Usus-Ehe, die alte Idee von der Unentbehrlichkeit der manus für die rechte Ehe, schon aufgegeben worden ist. Ein neues Eherecht kündigt sich an.

Das ununterbrochene Zusammenleben ist das Kennzeichen ehelicher Gemeinschaft. Entzieht die Frau sich dem Mann während des Usucapionsjahres, sei es auch nur, um ihren Vater zu besuchen, so ist der Usus des Mannes unterbrochen (usurpatio), und kommt keine Usus-Ehe zustande. Das alte Recht sieht nur auf die Form, auf die Erscheinung, nicht auf die Absicht, welche der zeitweiligen Trennung der Ehegatten etwa zu Grunde liegt. Es wird für die Usus-Ehe im strengen Sinne des Worts ununterbrochene Gemeinschaft (während des Usucapionsjahrs) gefordert. Auch die Usus-Ehe hat in diesem Sinne ihre Form.

Auf die usurpatio, welche den usus des Ehejahres unterbricht und seine Wirkung aufhebt, bezog sich ein Zwölftafelgesetz. Es stellte fest, daſs die usurpatio eingetreten sei, wenn die Frau auch nur während dreier auf einander folgender Nächte (trinoctium) nicht im Hause des Mannes war. Es erklärte ferner, daſs ein solches trinoctium, alljährlich wiederholt, genüge, um das Zustandekommen der manus für die Ehe dauernd auszuschlieſsen.

Hier sind bereits ganz andere Gesichtspunkte lebendig als die, welche einst die Usus-Ehe erzeugt hatten. Es ist klar, daſs dies trinoctium der 12 Tafeln eine bloſs symbolische Unter-

[2]) Wahrscheinlich ist die Usus-Ehe aus der uralten Raub-Ehe hervorgegangen. Es kommt bei vielen Völkern vor, daſs die durch Entführung zustande gekommene Ehe erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit sich legalisiert; vgl. J. Kohler in der Zeitschr. für vergleichende Rechtswissensch. Bd. 5 (1884) S. 342. 346. 364. 366. Auch das römische Recht hat die beiden Urformen der Eheschlieſsung durch Brautkauf und durch Brautraub (Raub der Sabinerinnen!) zur Voraussetzung; vgl. L. Dargun, Mutterrecht und Raubehe (in Gierkes Untersuch. zur deutsch. Rechtsgesch. XVI, 1883) S. 100—102.

brechung der Gemeinschaft ist. Die eheliche Gemeinschaft soll nur zum Schein unterbrochen werden, lediglich um den Eintritt der manus mariti auszuschliefsen. Es giebt eine Ehe ohne manus. Das ist der neue Gedanke, welcher hier deutlich vor uns liegt. Das alte Recht hatte vorausgesetzt, dafs die usurpatio (die ernsthafte Aufhebung der Gemeinschaft) den Mangel des Ehewillens bedeutet. Jetzt gab es eine usurpatio (durch blofses trinoctium) trotz des Vorhandenseins des Ehewillens. Es war ein Wille da, welcher auf Ehe, aber ohne manus, gerichtet war, und dieser Wille hatte in den 12 Tafeln seine Anerkennung gefunden. Die 12 Tafeln haben die Usus-Ehe so wenig eingeführt, dafs sie vielmehr die Auflösung derselben bezeugen.

Die formlose Eheschliefsung (ohne coëmtio, confarreatio) hatte in demselben Augenblick ein Moment der Rechtmäfsigkeit empfangen, in welchem die Entstehung der manus durch usus anerkannt war. War der Mann in Usucapionsbesitz befindlich, war es also gewifs, dafs er übers Jahr der rechte Herr und Gemahl seiner Frau sein würde, so war schon vor Ablauf des Jahres kein blofses thatsächliches aufsereheliches Verhältnis, sondern ein rechtliches, vom Gesetz anerkanntes und mit Wirkung bekleidetes Verhältnis, ein Eheverhältnis da. Wie der Usucapionsbesitz an der Sache die Idee des Eigentums (oben S. 223), so schlofs der Usucapionsbesitz an der Frau schon vor Ablauf der Usucapionszeit die Idee der Ehe in sich. Weil jedoch die manus fehlte, so kam mit der formlos eingegangenen Ehe die Ehe ohne manus auf, und diese Ehe ohne manus galt bereits zur Zeit der 12 Tafeln so sehr als Ehe, dafs der Gebrauch des trinoctium häufig war, um den Eintritt der manus von der Ehe fern zu halten.

So gab es also schon zur Zeit der 12 Tafeln eine doppelte Ehe: eine Ehe mit manus, und eine Ehe ohne manus. Jene (die sog. strenge Ehe) war ein Institut des jus civile im technischen Sinn, durch negotia juris civilis (coëmtio, confarreatio), bezw. durch usus (der gleichfalls juris civilis ist, oben S. 207) begründet. Von der Ehe mit manus ist deshalb der Peregrine ausgeschlossen. Diese, die Ehe ohne manus (sog. freie Ehe), ist die Ehe nach jus gentium. Sie ist auch dem Peregrinen zugänglich. Sie kommt durch formlosen Eheschliefsungsact zustande. Dort führt die

Frau den Ehrennamen materfamilias, hier ist die Frau nur uxor. Die spätere Entwickelung hat auch hier das jus civile durch jus gentium beseitigt. Die formlose „freie" Ehe trägt in der Kaiserzeit den Sieg davon. Coëmtio und confarreatio verschwinden. Der usus hat keine Wirkung mehr (es bedarf des trinoctium nicht). Nach Justinianischem Recht wird die Ehe für die Regel durch jegliche Consenserklärung in irgend welcher Form geschlossen (consensus facit nuptias), vorausgesetzt daſs der Consens auf präsente eheliche Gemeinschaft gerichtet ist, und daſs daher mit dem Consens die Ausführung desselben durch thatsächlichen Beginn der ehelichen Gemeinschaft (gewöhnlich durch die feierliche deductio in domum solennisiert) sich verbindet. Die Ehe wird nach römischem Recht durch consensus nuptialis, nicht aber durch consensus sponsalicius, den auf künftiges eheliches Verhältnis gerichteten Verlobungsconsens geschlossen.

Die Verlobung ward in Form der Stipulation abgeschlossen (sponsio, sponsalia). Doch blieb diese Stipulation in Rom unklagbar (vgl. S. 266 Anm. 1), während im übrigen Latium ihre Klagbarkeit sich durchsetzte[3]).

Eine Ehe minderen Rechtes war der Concubinat, welchen die kaiserliche Gesetzgebung (seit Augustus) gleichfalls als eine Form gesetzmäſsiger Verbindung von Mann und Frau zu gegenseitiger Lebensgemeinschaft anerkannte. Die Concubine heiſst aber nicht uxor, noch teilt sie Rang und Stand des Mannes, noch fallen die Concubinenkinder (technisch als liberi naturales bezeichnet) in die patria potestas ihres Erzeugers. Durch bestehende Ehe wird der Concubinat ausgeschlossen. Der Concubinat hat gleich der vollen Ehe monogamische und darum jedes andere gleichartige Verhältnis ausschlieſsende Natur.

Contubernium ist die Sklavenehe, welche bloſs thatsächlich, nicht rechtlich eine Ehe ist.

§ 1 I. de patr. pot. (1, 9): Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitae continens.

L. 1 D. de ritu nupt. (23, 2) (Modestin.): Nuptiae sunt con-

---

3) Vgl. A. Pernice in den Sitzungsber. d. Berl. Akad. Bd. 51 S. 1194.

junctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.

Cicero Top. c. 3: Genus enim est uxor; ejus duae formae, una matrumfamilias, earum quae in manum convenerunt, altera earum, quae tantummodo uxores habentur.

Gaj. Inst. I § 110: Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu, farreo, coëmptione. § 111: Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat. Quae enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset, atque eo modo usum cujusque anni interrumperet. Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est. § 112: Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Jovi farreo fit, in quo farreus panis adhibetur; unde etiam confarreatio dicitur. Conplura praeterea, hujus juris ordinandi gratia, cum certis et sollemnibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt. Quod jus etiam nostris temporibus in usu est. § 113: Coëmptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem; nam adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit is mulierem, cujus in manum convenit.

Pauli Sent. II tit. 20: Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur.

Eod. tit. 19 § 6: Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest.

Ulp. tit. 5 § 2—5: Justum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit. — Conubiu est uxoris jure ducendae facultas. Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis, cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. Cum servis nullum est conubium.

L. 30 D. de R. I. (50, 17) (Ulpian.): Nuptias non concubitus, sed consensus facit.

§ 80.

Die eheherrliche Gewalt.

Die manus mariti ist die eheherrliche Gewalt alten Stils. Sie ist ein Analogon der patria potestas. Die uxor in manu

(materfamilias) ist infolge der manus rechtlich filiaefamilias loco. Für sie gilt **Kindesrecht** in Bezug auf das Verhältnis zu ihrem Mann, sowohl in Bezug auf das Gewaltverhältnis, wie in Bezug auf das Vermögensverhältnis. Sie ist (darin äufsert sich das Gewaltverhältnis), gleich dem Kinde, der vollen Zucht-, ja unter Umständen Tötungsgewalt, ja dem Recht des Mannes unterworfen, sie in die Knechtschaft zu verkaufen. Nur das Herkommen verpflichtet den Mann, in schwereren Fällen ein Familiengericht (judicium propinquorum) zu berufen. Aber auch dann ist es die **private** Gewalt des Mannes und seiner Familie, welcher die Frau in Bezug auf Tod und Leben unterworfen ist. Erst die spätere Entwickelung, welche überhaupt die Stellung des Hauskindes verbesserte, hat hier auch die Wirkung der manus abgeschwächt. Andererseits (darin äufsert sich das Vermögensverhältnis) erwirbt die Frau, gleich dem Hauskinde, alles was sie erwirbt, ihrem Manne, und ihr Vermögen, welches sie einbringt, fällt mit Rechtsnotwendigkeit als Ganzes (per universitatem) an ihren Mann (vgl. unten S. 333). Weil die Eingehung der Ehe mit manus die Frau in ein neues **Kindesverhältnis**, d. h. unter eine andere patria potestas bringt, so wechselt sie mit der patria potestas die Agnatenfamilie, und erleidet durch die conventio in manum eine capitis deminutio minima (S. 113).

In Bezug auf das Verhältnis zu ihren Kindern gilt für die Frau in manu **Geschwisterrecht**. In der durch die patria potestas geschaffenen und getragenen Agnatenfamilie (oben S. 321) kann die Frau rechtlich niemals Herrin oder auch nur Mitherrin des Hauses sein. Auch in dem Hause ihres Mannes ist sie jetzt rechtlich (für das **Agnations**verhältnis) nur die Schwester ihrer Kinder, weil sie mit denselben der **gleichen** patria potestas unterliegt. Die Agnatenfamilie kennt kein mütterliches, sondern nur das **väterliche** Oberhaupt. Die Frau gehört, gleich den Kindern, rechtlich lediglich zu den **Unterthanen** des agnatischen Hauses. Das Familienrecht mit Manus-Ehe ist ein noch unentwickeltes Familienrecht. Es vermag die einzelnen Fälle der Familiengewalt von einander nicht zu unterscheiden. Dem ehelichen Verhältnis entspricht kein sonderliches Eherecht; es wird einbegriffen unter das Kindesrecht.

Die freie Ehe dagegen, die Ehe ohne manus, giebt dem

ganzen Eherecht ein anderes Angesicht. An die Stelle des Unterordnungsprincips ist das Gleichordnungsprincip, das Genossenschaftsverhältnis der Ehegatten getreten. Das Eherecht ist nicht mehr ein bloſser Anwendungsfall des Kindesrechts. Vielmehr: die Differenzierung ist eingetreten. Die Stellung, welche die Ehefrau als Genossin und Mitherrin des Hauses auch unter der Herrschaft des alten Eherechts kraft freier Sitte einnahm[1]), gelangt nunmehr auch rechtlich zur Erscheinung. Dem Recht ist der Unterschied zwischen dem ehelichen Verhältnis und dem Kindesverhältnis sichtbar geworden. Es giebt ein sonderliches Eherecht. Die Frau ist hier nicht mehr der väterlichen Gewalt ihres Mannes unterworfen. Sie wechselt die Agnatenfamilie nicht (also keine capitis deminutio). War sie vor der Eingehung der Ehe sui juris (ihr Vater war z. B. bereits gestorben), so bleibt sie auch nach Eingehung der Ehe sui juris; war sie vor Eingehung der Ehe in väterlicher Gewalt, so bleibt sie nach Eingehung der Ehe in derselben väterlichen Gewalt (diese väterliche Gewalt wird aber insoweit unwirksam, als die eheherrliche Gewalt ihr widerstreitet): während die uxor in manu immer alieni juris, nämlich immer in der patria potestas ihres Mannes, bezw. des Gewalthabers ihres Mannes (S. 110) ist.

Die „freie“ Ehe ist keineswegs eine Ehe ohne eheherrliche Gewalt. Sie ist vielmehr gerade die Ehe mit eheherrlicher Gewalt, nämlich mit einer Gewalt, welche nicht eine Copie der väterlichen Gewalt, sondern eine eigentümlich eheherrliche Gewalt bedeutet. Es ist die eheherrliche Gewalt des jus gentium (des fortentwickelten römischen Rechts), während die eheherrliche Gewalt des jus civile (des residuären römischen Rechts), die manus, nichts anderes als die patria potestas war.

Die eheherrliche Gewalt der „freien“ Ehe besteht in dem Recht des Mannes auf Lebensgemeinschaft: wird die Frau dem Manne von einem Dritten, und sei es auch der Vater der Frau (kraft seiner väterlichen Gewalt) vorenthalten, so hat der Mann

---

[1]) Vgl. v. Jhering, Geist des röm. R. Bd. 2 Abt. 1 (4. Aufl.) S. 203 ff., wo mit Recht hervorgehoben worden ist, daſs aus der rechtlichen Stellung, welche die Frau formal nach dem Eherecht alten Stils einnimmt, nicht ohne weiteres auf die thatsächliche (sociale) Stellung der Frauen im alten Rom geschlossen werden darf.

das interdictum de uxore exhibenda ac ducenda[2]). Mit dem Recht auf Lebensgemeinschaft verbindet sich das Recht des Mannes, in allen Fragen des ehelichen Lebens den Ausschlag zu geben: er bestimmt z. B. den Wohnsitz (die Frau teilt von Rechts wegen das Domicil des Mannes), er bestimmt die Erziehung (also auch die religiöse Erziehung) der Kinder, er bestimmt Mafs und Art des ehelichen Aufwandes. So hat auch die „freie“ Ehe das Princip der Unterordnung der Frau unter den Willen des Mannes, aber es ist eine Unterordnung, welche sich von der des Kindes unterscheidet, eine Unterordnung, welche durch die Verbindung des Unterordnungsprincips mit dem Genossenschaftsprincip modificiert ist. In der Manus-Ehe lebt die Idee der Agnatenfamilie: nur der Vater steht rechtlich an der Spitze der Familie. In der freien Ehe lebt dagegen die Idee der Cognatenfamilie des jus gentium: an der Spitze des Hauses stehen, auch rechtlich, Vater und Mutter. Obgleich der uxor, welche ohne in manum conventio sich verheiratete, der Ehrentitel materfamilias versagt ward (zum deutlichen Zeichen, dafs man hier ursprünglich nur eine unvollkommene Ehe anerkannte), so ist doch sie es gerade, durch deren Stellung die hausmütterlichen Rechte auch im Familienrecht zu Ehren gekommen sind. Sie allein ist auch rechtlich (wenngleich nur nach jus gentium) nicht die Schwester, sondern die Mutter ihrer Kinder. Dem jus civile ist die Mutter als solche unbekannt; durch das jus gentium ist sie gewissermafsen entdeckt und in das römische Recht eingeführt worden.

L. 2 D. de lib. exhib. (43, 30) (Hermogenian.): De uxore exhibenda ac ducenda pater etiam, qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur.

---

[2]) Dies Interdict gehört allerdings erst dem nachclassischen Recht an: es wird in der l. 2 cit. (S. 332 a. E.) von Hermogenian (Mitte des 4. Jahrh.) bezeugt. Das prätorische Edict hatte nur das auf der patria potestas ruhende interdictum de liberis exhibendis, item ducendis (§ 88). Aber schon von Antoninus Pius wird berichtet, dafs er bene concordans matrimonium separari a patre prohibuit (Paulus sent. V 6 15). Vgl. Lenel, Edictum S. 391 Anm. 4.

§ 81.

Das eheliche Güterrecht.

Für die Ehe mit manus galt, wie schon bemerkt ist (§ 80), väterliches Güterrecht. Die gesamten activa, welche die Frau bei Eingehung der Ehe hatte, fielen mit Rechtsnotwendigkeit dem Manne zu, ebenso alles, was die Frau während der Ehe, sei es durch Erbgang oder Schenkung oder Arbeit oder sonstwie erwarb. Die Frau war völlig filiaefamilias loco. Für die Schulden der Frau haftete der Mann daher grundsätzlich ebensowenig wie sonst für die von seinem Kind contrahierten Schulden. Nur in den besonderen Fällen, wo ausnahmsweise (nach prätorischem Recht) der Vater aus dem Contract des Kindes, konnte ebenso aus dem Contract der Frau der Mann mit einer actio adjecticiae qualitatis belangt werden (oben § 75). Es schien jedoch unbillig, dafs der Mann das Activvermögen, welches die Frau einbrachte, erwerbe, ohne für ihre Schulden einstehen zu müssen. Wenn der Mann sich daher weigerte, die vor Eingehung der Ehe von der Frau giltig contrahierten Schulden zu zahlen, so eröffnete der Prätor Concurs über das eingebrachte Frauengut, und behandelte also in Bezug auf das Eingebrachte die Ehe als nicht vorhanden.

Delictsschulden der Frau wirkten gleichfalls wie Delictsschulden der Kinder: gegen den Mann geht die Noxalklage (oben § 73). Will der Mann die Folgen des Delicts (Schadensersatz, Strafzahlung) nicht auf sich nehmen, so giebt er die Frau dem Kläger ins mancipium (servae loco, vgl. unten S. 351): es war dies einer der Fälle, wo das Recht des Mannes, seine Frau in die Knechtschaft zu verkaufen, praktisch wurde.

Gewissermafsen als Ersatz für die strenge vermögensrechtliche Abhängigkeit der Frau in manu hat sie beim Tode ihres Mannes ein volles Kindeserbrecht: sie zählt neben ihren Kindern zu den sui heredes ihres Mannes (unten § 96. 98).

Gaj. Inst. II § 98: quam in manum ut uxorem receperimus, ejus res ad nos transeunt.

Eod. IV § 80: Quod vero ad eas personas, quae in manu mancipiove sunt, ita jus dicitur, ut, cum ex contractu earum agatur, nisi ab eo, cujus juri subjectae sint, in solidum defendantur, bona, quae earum futura forent, si ejus juri subjectae non essent, veneant.

Die „freie“ Ehe des römischen jus gentium hat dagegen grundsätzlich keine Wirkung auf das Vermögen. Das Eingebrachte der Frau verbleibt der Frau, nach activis wie nach passivis. Was sie während der Ehe durch Arbeit, Erbschaft u. s. w. erwirbt, wird ihr selbst erworben. Sie ist gleich erwerbsfähig wie der Mann. Sie ist auch gleich verwaltungsfähig wie der Mann: sie hat freie Disposition über ihr Vermögen. Der Mann hat von Rechts wegen keinerlei Gewalt über das Frauengut. Will die Frau dem Manne ihr Eigentum (bona paraphernalia) zur Verwaltung anvertrauen, so hat der Mann die Stellung eines Beauftragten, welcher im Dienst und nach Maſsgabe des Willens der Frau zur Verwaltung ihres Vermögens verpflichtet ist — also nur solange, als die Frau es will —; niemals aber ist dem Mann über das Vermögen der Frau ein Recht der Verwaltung zuständig. Das Güterrecht der römischen freien Ehe ist volles Gütertrennungsrecht. Auch von Todes wegen ist die Ehe ohne vermögensrechtliche Folgen. Die freie Ehe erzeugt nach Civilrecht keinerlei Erbrecht der Ehegatten als solcher gegen einander. Nur der armen Witwe ward später ein beschränktes Recht am Nachlaſs ihres Mannes gegeben, unter dem Gesichtspunkt einer ihr noch nach dem Tode des Mannes zu gewährenden Alimentation (§ 98 a. E.). Auch der Prätor ist in der Hauptsache auf diesem Standpunkt stehen geblieben. Nach prätorischem Recht giebt es zwar ein Ehegattenerbrecht (bonorum possessio unde vir et uxor, unten § 98 II, 4), aber nur, wenn niemand von der Verwandtschaft Erbe wird. Auch der fernste Verwandte, sofern er überhaupt erbberechtigt ist, schlieſst den Ehegatten von der Erbfolge aus.

Nur drei Rechtssätze gelten für die freie Ehe, welche vermögensrechtliche Bedeutung haben: 1) der Mann ist verpflichtet, die Frau zu alimentieren, überhaupt die Kosten des ehelichen Haushalts zu bestreiten; 2) Schenkungen unter Ehegatten (doch nur wenn sie nicht bloſs eine andere Form der Alimentation, sondern eine erhebliche Vermögenszuwendung darstellen) sind ungiltig und können in jedem Augenblick zurückgefordert werden: ist der Rückforderungsberechtigte aber vor dem Empfänger, oder gleichzeitig mit ihm verstorben, ohne sein Rückforderungsrecht

auszuüben, so soll die Schenkung nachträglich convalescieren[1]); 3) die Diebstahlsklagen sind unter Ehegatten ausgeschlossen. Hat bei bevorstehender Scheidung ein Ehegatte den andern bestohlen, so wird anstatt der Diebstahlsklagen eine besondere (prätorische) actio rerum amotarum gegeben.

Im übrigen hat die freie Ehe nur insofern vermögensrechtliche Wirkung, als sie der Anlafs zu gewissen Rechtsgeschäften wird, nämlich insbesondere zur Bestellung einer dos und einer donatio propter nuptias.

L. 8 C. de pact. (5, 14) (Theodos. et Valentin.): Hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt, nullam, uxore prohibente, habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat. Quamvis enim bonum erat, mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari; attamen, quoniam conditores legum aequitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere.

L. 1 D. de donat. inter vir. et ux. (24, 1) (Ulpian.): Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate.

L. 28 § 2 eod.: . . . et sane non amare nec tamquam inter infestos jus prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes.

L. 9 § 2 eod. (Ulpian.): Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt. L. 32 § 3 eod.: Ait oratio (Antonini): fas esse, eum quidem, qui donavit, poenitere, heredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit, durum et avarum esse.

L. 1 D. de act. rer. amot. (25, 2) (Paulus): Rerum amotarum judicium singulare introductum est adversus eam, quae uxor fuit, quia non placuit, cum ea furti agere posse: quibusdam existimanti-

---

[1]) Die donatio inter virum et uxorem wird daher von Rechts wegen so behandelt, als wäre sie eine mortis causa donatio, vgl. oben S. 125. Die donatio mortis causa unter Ehegatten ist giltig; auch in dieser Hinsicht gilt für die donatio mortis causa nicht Schenkungsrecht, sondern Vermächtnisrecht.

bus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furtum quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto jure; in qua sententia et Julianus rectissime est.

§ 82.

Die dos.

Die dos ist eine Vermögenszuwendung an den Mann, in der rechtlichen Absicht gegeben, daſs auch vonseiten der Frau dem neuen Hausstand ein Vermögenszuwachs zuteil werde (ad matrimonii onera ferenda). Die Tochter kann die Bestellung einer dos (als letzten Act der Alimentation) fordern von ihrem Vater und eventuell von ihrem väterlichen Groſsvater, ohne Rücksicht auf Agnation, lediglich auf Grund der Cognation. Die dos, welche von dem Dotationsverpflichteten als solchem dem Mann bestellt wird, heiſst dos profecticia. Die dos, welche ein anderer bestellt (z. B. die Frau selber oder ihre Mutter), heiſst dos adventicia. Hat der dritte Besteller sich durch Stipulation die Rückgabe der dos (nach Auflösung der Ehe) versprechen lassen, so heiſst die dos recepticia. Ihrer Form nach geschieht die Dosbestellung entweder durch präsente Zuwendung des dem Manne zugedachten Vermögensvorteils, z. B. des Eigentums oder eines Nieſsbrauchsrechts (sog. dotis datio), oder durch das in Stipulationsform dem Manne gegebene Versprechen, diesen Vermögensvorteil als dos gewähren zu wollen (dotis promissio), oder endlich seitens der Frau oder ihres Schuldners oder ihres väterlichen Gewalthabers (nach alter Sitte bei Abschluſs des Verlöbnisses) durch einfache Zusage (dotis dictio). Nach Justinianischem Recht kann (auf Grund eines Gesetzes von Theodos II.) auch jeder Dritte (zu jeder Zeit) durch formloses Dosbestellungsversprechen sich giltig verpflichten: es bedarf der Stipulationsform nicht mehr. Die dos wird also entweder dem Mann sofort gegeben (dotis datio) oder sie wird dem Manne versprochen (promissio und dictio). Das dem Manne gegebene giltige Dosbestellungsversprechen ist bereits die Dosbestellung selbst. Es ist das Vermögen des Mannes schon dotis causa vermehrt worden (durch das Forderungsrecht), und die Erfüllung

dieses Versprechens ist nicht mehr Dosbestellung, sondern Zahlung, Erfüllung einer bestehenden Schuldverbindlichkeit.

Ist dem Manne die dos gegeben, bezw. das Dotalversprechen erfüllt worden, so hat er über die ihm zu Eigentum übertragenen Dotalsachen das Recht vollfreier Disposition. Er hat gleich jedem andern Eigentümer alle Klagen, alle Befugnisse, welche das Eigentum hervorbringt, auch z. B. die Veräufserungsbefugnis und Verpfändungsbefugnis. Die Dotalsachen sind sein Eigentum und niemandes sonst[1]). Die Thatsache, dafs er vielleicht verpflichtet ist, diese Sachen später wieder herauszugeben, vermag seine Befugnisse als Eigentümer nicht zu vermindern. Gerade wegen dieser Verfügungsfreiheit des Mannes hat die lex Julia de adulteriis, v. J. 18 v. Chr., welche in Bezug auf dies Capitel als lex Julia de fundo dotali bezeichnet zu werden pflegt, dem Mann das Veräufserungs- und Verpfändungsrecht für den zur dos gegebenen fundus Italicus ausdrücklich entzogen. Justinian hat das Verbot auf den fundus dotalis überhaupt ausgedehnt. Auch die Zustimmung der Frau macht solche Verpfändung und (nach Justinians Bestimmung) ebenso die Veräufserung nicht giltig. Das Grundstück soll der Frau, als der vermutlichen Rückempfängerin der dos, in Natur erhalten bleiben. Der blofs obligatorische Ersatzanspruch für den Fall geschehener Veräufserung ist für Mobilien ausreichend, für Immobilien nicht.

Nach Auflösung der Ehe ist der Mann in der Regel verpflichtet, die Substanz der dos herauszugeben. Die Früchte, welche er inzwischen gezogen hat, behält er. Fungible Sachen (oben S. 203) restituiert er in genere: eine gleiche Quantität gleicher Qualität. Nicht fungible Sachen restituiert er in specie: dasselbe Sachindividuum, welches er damals erhielt. Ist dies Sachindividuum durch Verschulden des Mannes (z. B. Veräufserung) nicht mehr da, oder ist es durch Nachlässigkeit des Mannes (doch

[1]) Dieselbe freie Verfügung wie über die Dotalsachen, falls die Dosgewährung durch Eigentumszuwendung geschah, steht dem Mann über die den Gegenstand der dos bildenden Rechte zu, falls nicht Eigentum, sondern etwa ein ususfructus oder ein Forderungsrecht zur dos gegeben wurde, — soweit nicht die Natur dieses Rechtes selbst, wie z. B. beim Niefsbrauch (welcher der Zuständigkeit nach nicht veräufsert werden kann), eine Beschränkung mit sich bringt.

haftet der Mann nur für diligentia, quam suis rebus adhibere solet, vgl. oben S. 282. 287) beschädigt worden, so hat der Mann Schadensersatz zu leisten.

Das Recht des Rückempfangs und dem entsprechend die Pflicht des Mannes zur Rückleistung war im vorjustinianischen anders als im Justinianischen Recht normiert.

Das vorjustinianische Recht läfst als Grundsatz des alten Civilrechts ganz deutlich das Princip erkennen: der Mann behält die dos auch nach Auflösung der Ehe[2]). Er ist zur Rückgabe nicht verpflichtet, es sei denn er habe sich ausdrücklich durch Stipulation zur Rückleistung verbindlich gemacht. Dieser Grundsatz ist dem Dritten gegenüber, welcher eine dos adventicia bestellte, unverändert festgehalten worden: dieser Dritte bekommt, was er als dos gegeben, nicht zurück, es sei denn dafs er es sich durch Stipulation ausdrücklich versprechen liefs (Fall der dos recepticia). Dagegen ist das Princip dem Besteller der dos profecticia und der Frau gegenüber nicht aufrecht erhalten worden, vielmehr beiden Teilen ein beschränktes gesetzliches Rückforderungsrecht gewährt worden, welches durch eine bonae fidei actio, die actio rei uxoriae, geltend gemacht ward.

Überlebt die Frau die Auflösung der Ehe (ist also die Ehe entweder durch Scheidung oder durch Tod des Mannes aufgelöst), so fordert die Frau nach vorjustinianischem Recht jede dos zurück, sei sie profecticia oder adventicia (nur nicht die recepticia). Ihrer actio rei uxoriae gegenüber hat der Mann aber sog. „Retentionsrechte“, d. h. Abzugsrechte: propter res donatas, propter res amotas und propter impensas; ja, wenn die Ehe durch Schuld der Frau geschieden worden ist, auch ein „Retentionsrecht“ propter liberos (für jedes Kind 1/6 der dos, aber im ganzen nicht mehr als die Hälfte) und propter mores (wegen Ehebruchs 1/6, wegen anderer Verschuldung 1/8 der dos). Auch ist der Mann der actio rei uxoriae gegenüber nicht verpflichtet, Capitalien oder andere fungible Sachen, welche er zur dos erhielt, sofort herauszugeben: er zahlt vielmehr das erste Drittel erst ein Jahr, das zweite Drittel erst zwei Jahre, das dritte Drittel erst drei Jahre nach Auflösung der Ehe (annua,

[2]) Bechmann, Das römische Dotalrecht Bd. 1 (1863) S. 52 ff.

bima, trima die). Nur wenn er durch sein Verschulden die Scheidung veranlaſst hat, muſs er propter mores graviores (Ehebruch) alles sofort, propter mores leviores (andere Verschuldung) das erste Drittel sofort, das zweite Drittel nach einem halben Jahre, das dritte Drittel nach einem Jahr herausgeben, und soll er überdies von den Früchten der nicht fungiblen Sachen einen entsprechenden Teil mit restituieren müssen.

In ähnlicher Weise wie die actio rei uxoriae der Frau war auch — für den Fall daſs die Ehe durch Tod der Frau aufgelöst ward — die actio rei uxoriae des Bestellers der dos profecticia beschränkt: auch dieser Klage gegenüber hatte der Mann die retentio propter res donatas, propter res amotas, propter impensas, und das Recht, wegen jedes Kindes aus der Ehe ein Fünftel von der dos abzuziehen.

Also: der Mann behielt die dos schlechtweg, wenn eine dos adventicia (nicht recepticia) gegeben war und die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst ward. Er muſste die dos herausgeben, wenn die Frau überlebte, oder wenn eine dos profecticia bestellt und der Besteller noch am Leben war. Die actio rei uxoriae, durch welche diese gesetzliche Rückgabepflicht realisiert wurde, war unvererblich (weder die Erben der Frau noch die Erben des Bestellers konnten sie geltend machen) und war bonae fidei, d. h. ging nicht schlechtweg auf Rückgabe der dos, sondern nach Umständen auf etwas anderes (z. B. Schadensersatz) oder auf weniger (infolge der Retentionsrechte).

Dies Recht ist durch Justinian verändert worden. Er hat die actio rei uxoriae für vererblich erklärt, und hat die „Retentionsrechte“ des Mannes teils beschränkt, teils aufgehoben. Ein anderes Princip ist an die Spitze gestellt: der Mann ist grundsätzlich von Rechts wegen verpflichtet, die dos nach Auflösung der Ehe herauszugeben. Das Rückforderungsrecht hat nach Justinianischem Recht die Frau oder deren Erbe, — die dos recepticia ausgenommen. Liegt eine dos profecticia vor, so schlieſst der überlebende Besteller den Erben der Frau aus. Ein „Retentionsrecht“ wird nur noch propter impensas necessarias (welche zur Erhaltung der Dotalsachen notwendig waren) gegeben. Schuld der Frau an der Scheidung berechtigt den Mann, die ganze dos zu behalten. Im übrigen werden

Grundstücke sofort restituiert, Mobilien nach einem Jahr. Für veräufserte oder durch Diligenzversäumnis beschädigte Mobilien wird Schadensersatz geleistet.

Es ist klar, dafs diese gesetzliche Dotalklage Justinians der Klage angenähert ist, welche auf Grund ausdrücklicher Stipulation gegen den Mann angestellt werden konnte. Hier gab es keine retentiones und keine Fristen, keine Beschränkung der Vererbung, andererseits aber kein gesetzliches Recht auf Schadensersatz (vgl. S. 271 a. E.). Justinian hat sich deshalb dahin ausgedrückt, dafs er die actio rei uxoriae in eine actio ex stipulatu verwandle (auf Grund fingierter Stipulation), aber in eine actio ex stipulatu, welche bonae fidei sei. Er drückte in dieser wunderlichen Form den richtigen Gedanken aus, dafs das von ihm geschaffene gesetzliche Rückforderungsrecht ungefähr die Mitte hält zwischen dem beschränkten gesetzlichen Rückforderungsrecht alten Stils (actio rei uxoriae) einerseits, und dem vertragsmäfsigen vollen Rückforderungsrecht (Klage aus der Stipulation) andererseits.

Zu Gunsten ihres Rückforderungsanspruchs hat die Frau nach Justinianischem Recht ein privilegiertes Pfandrecht am ganzen Vermögen des Mannes. Ja, sie kann die Dotalsachen, soweit sie im Vermögen des Mannes noch vorhanden sind, ohne weiteres als ihr Eigentum vindicieren. Verarmt der Mann, so ist die Frau berechtigt, ihre Rückforderungsansprüche sogleich, noch während der Ehe, geltend zu machen.

Ulp. tit. 6 § 1: Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. § 2: Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si jussu ejus dicat, item parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem omnes possunt.

§ 3 eod.: Dos aut profecticia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit, aut adventicia, id est ea, quae a quovis alio data est.

L. 5 § 11 D. de jure dot. (23, 3) (Ulpian.): Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilominus dotem esse, nemini dubium est, quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit; sed ita demum, si ut parens dederit. Ceterum si, cum deberet filiae, voluntate ejus dedit, adventicia dos est.

L. 14 C. de jure dot. (5, 12) (DIOCLET. et MAXIMIAN.): Mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili, vel lege specialiter expressa causa, pater autem de bonis uxoris suae invitae nullam dandi habet facultatem.

§ 29 I. de action. (4, 6): Fuerat antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei judiciis. Sed, cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes omne jus, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam; praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.

§ 83.

Die donatio propter nuptias.

Geschenke des Bräutigams an die Braut sind nach römischem Recht ebenso zweifellos grundsätzlich giltig, wie die Geschenke des Ehemannes an die Ehefrau ebenso zweifellos nach römischem Recht grundsätzlich ungiltig sind (S. 334 a. E.). Die donatio ante nuptias ist also wesentlich von der Schenkung nach geschlossener Ehe verschieden. In der späteren Kaiserzeit ward in einem besonderen technischen Sinne donatio ante nuptias diejenige Schenkung genannt, welche der Bräutigam (oder ein anderer namens des Bräutigams) der Braut unter der Bedingung des Zustandekommens der Ehe und im Hinblick auf die vermögensrechtlichen Anforderungen der Ehe macht, wo es sich also nicht um einen Ausdruck der Liebe, sondern um den ganz bestimmten ökonomischen Effect der Ausstattung der künftigen Ehe handelt. Die gewöhnliche Schenkung unter Brautleuten ist ein Geschäft unwirtschaftlicher, die donatio ante nuptias aber ein Geschäft wirtschaftlicher Natur. Es handelt sich dabei um die Sicherstellung der Frau nach Auflösung der Ehe. Wird die Frau (ohne ihre Schuld) vom Mann geschieden, oder überlebt sie den Mann, so ist sie von Rechts wegen (da ein Erbanspruch der Frau nur ausnahmsweise zusteht, oben S. 334) auf die Rück-

forderung ihrer dos angewiesen. Darum ist es von Interesse, den Dotalanspruch der Frau gewissermaßsen zu verstärken. Diesem Zweck dient die technich sog. donatio ante nuptias. Sie pflegt in gleicher Höhe wie die dos bestellt zu werden (Justinian hat in Nov. 97 diesen Gleichbetrag mit der dos gesetzlich vorgeschrieben), kommt von Rechts wegen der ohne ihre Schuld geschiedenen, von Vertrags wegen (soweit es ausdrücklich ausgemacht ist) auch der ihren Mann überlebenden Frau zu, und bewirkt also, daſs die Frau in solchem Fall das doppelte ihrer dos herausfordert (vgl. auch § 84 a. E.). Während der Ehe ist der Mann Eigentümer der donatio ante nuptias, kann aber nach Justinians Bestimmung (Nov. 61) Grundstücke, welche als donatio „verschrieben" sind, nicht giltig veräuſsern noch verpfänden.

Kaiser Justin, der Vater Justinians, verordnete, daſs solche donatio ante nuptias auch noch nach Eingehung der Ehe giltig erhöht werden könne. Justinian ging noch weiter und gestattete, daſs auch die Bestellung der donatio ante nuptias noch nach Eingehung der Ehe möglich sei. So schien der überlieferte Name jetzt nicht mehr zutreffend, und Justinian begabte deshalb das Institut mit dem Namen donatio propter nuptias.

§ 84.

Die Auflösung der Ehe.

Die Ehe wird aufgehoben durch Tod eines Ehegatten. Daneben kennt das römische Recht eine Auflösung (Scheidung) der Ehe durch Rechtsgeschäft der Ehegatten.

Das Scheidungsgeschäft für die Confarreations-Ehe des Civilrechts ist formell. Die Form ist von den pontifices nach dem Gesetz des contrarius actus gebildet worden (vgl. S. 307). Die Confarreationsehe kann nur aufgehoben werden durch diffarreatio, also wiederum unter Darbringung eines Opfers an Jupiter, den Gott der Ehe, mit certa (contraria) verba. Das Diffarreationsopfer fordert wie das Confarreationsopfer priesterliche Mitwirkung. Damit scheint zusammenzuhängen, daſs die Confarreationsehe nicht beliebig lösbar war: der Priester konnte

seine Mitwirkung versagen, wo kein von sacralen Rechts wegen anerkannter Scheidungsgrund vorlag.

Dagegen wird die Coemtions- und die Usus-Ehe durch remancipatio, Scheinverkauf in das mancipium, d. h. in die Knechtschaft, mit nachfolgender manumissio seitens des Scheinkäufers, aufgehoben. Die remancipatio der materfamilias ist genau identisch mit der emancipatio der filiafamilias (unten S. 355). Für die „gekaufte“ Frau in manu gilt auch in dieser Hinsicht Kindesrecht. Wie sein Kind, so kann der paterfamilias seine Frau aus der Gewalt entlassen (emancipieren). Formell ist die remancipatio nicht so sehr Scheidung als vielmehr Entlassung. Die uxor in manu ist auch hier von dem Kinde ununterscheidbar. Die Frau in manu ist nur Object dieses Scheidungsgeschäfts, gerade wie das Kind ein Object des Emancipationsgeschäftes. Der Wille der Frau in manu ist deshalb nach altem Recht unerheblich. Er vermag die Scheidung weder herbeizuführen, noch zu verhindern. Auch in Bezug auf die Scheidung galt für die Manus-Ehe ehemännliches Alleinherrschaftsrecht. Nur die confarreierte Frau ist durch die Notwendigkeit der diffarreatio vor willkürlicher Entlassung seitens des Ehemannes geschützt.

Das Scheidungsgeschäft des jus gentium (für die freie Ehe) ist dagegen formlos. Nur um für die Ernsthaftigkeit des Scheidungswillens ein sicheres Kennzeichen zu haben, hat die lex Julia de adulteriis die Zuziehung von sieben Zeugen vorgeschrieben. Hier kann die Ehe geschieden werden durch Vertrag der Ehegatten (divortium), oder durch einseitige Aufkündigung seitens eines Ehegatten (repudium). In beiden Fällen steht die Frau dem Manne als Subject der Ehescheidungshandlung gleichberechtigt gegenüber.

Das Scheidungsrecht der freien Ehe ist auf die Manus-Ehe übertragen worden. Zwar: die Aufhebung der manus konnte die Frau in manu durch repudium direct nicht bewirken. Aber ihr repudium (bezw. das divortium) hob nach Anschauung der späteren Zeit die Ehe auch im Fall der Manus-Ehe auf. Der Mann ward dadurch verpflichtet, nun seinerseits auch den Aufhebungsact für die manus vorzunehmen. Mit dem Verschwinden der Manus-Ehe galt dann zuletzt ausschliefslich wie das Eheschliefsungsrecht so das Ehescheidungsrecht des jus gentium.

Das freie Scheidungsrecht durch einseitige Aufkündigung ist auch durch die Gesetzgebung der christlichen Kaiserzeit formell nicht aufgehoben worden. Die Ehe ging auch durch das grundloseste repudium zu Ende. Es wurden aber für den Fall der Scheidung ohne gesetzlichen Scheidungsgrund Strafen angedroht. So sollte die Frau bei grundloser Aufkündigung der Ehe ihren Anspruch auf die dos, der Mann im gleichen Fall die donatio propter nuptias verlieren (d. h. aufser der dos auch die donatio herauszahlen), und diente die donatio ante (propter) nuptias der christlichen Kaiserzeit an erster Stelle dazu, auch der schuldlos geschiedenen Frau einen positiven Vermögensvorteil auf Kosten des anderen Eheteils zu gewähren (S. 342). Aus diesem Grunde gehörte es mit zur Eheschliefsung, dafs, wie vonseiten der Frau eine dos, so vonseiten des Mannes eine donatio ante nuptias bestellt wurde: von beiden Seiten ward gewissermafsen ein Pfand für die Aufrechthaltung des Ehebandes gegeben, ein Pfand, welches nötig schien, um dem gesetzlichen freien Scheidungsrecht ein Gegengewicht zu geben.

L. 2 C. de inutil. stip. (8, 38) (ALEXANDER): Libera matrimonia esse, antiquitus placuit: ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere: et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei, qui divortium fecisset, ratas non haberi constat.

L. 9 D. de divortiis (24, 2) (PAULUS): Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum ejus, qui divortium faciet.

FESTUS: Diffarreatio genus erat sacrificii, quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio; dicta diffarreatio, quia fiebat farreo libo adhibito.

GAJ. Inst. I § 137: Mancipatione desinunt in manu esse, et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui juris efficiuntur, . . . (ea, quae cum viro suo coëmptionem fecit, virum suum) nihilo magis potest cogere, quam et filia patrem. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiam si adoptiva sit; haec autem virum repudio misso proinde conpellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset.

§ 85.

Die zweite Ehe.

Für den Fall der Eingehung einer zweiten Ehe hat das spätere römische Kaiserrecht die Interessen der Kinder erster Ehe durch eine Reihe von Rechtssätzen zu Gunsten der ersteehelichen Kinder, zu Lasten des parens binubus (daher sog. poenae secundarum nuptiarum) wahrgenommen, insbesondere durch den Rechtssatz, dafs alles, was der parens binubus vonseiten des verstorbenen Ehegatten unentgeltlich erworben hat, sog. lucra nuptialia (sei es als Schenkung, oder als dos, oder als donatio propter nuptias, oder als letztwillige Zuwendung), im Moment der Eingehung der zweiten Ehe ipso jure zu Eigentum an die ersteehelichen Kinder fällt; dem parens binubus verbleibt nur der Niefsbrauch.

Die Witwe darf erst nach Ablauf des Trauerjahres zur zweiten Ehe schreiten. Widrigenfalls trifft sie die Strafe der Infamie, Zurücksetzung im Erbrecht und Beschränkung in den Zuwendungen zu Gunsten ihres zweiten Mannes.

L. 1 C. de sec. nupt. (5, 9) (Gratian., Valent., Theodos.): Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viro, nuptiarum festinatione, praestiterit, ex jure quidem notissimo sit infamis. Praeterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem ne det, neque ei testamento plus quam tertiam partem relinquat. Omnium praeterea hereditatum, legatorum, fideicommissorum suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers. His etiam amittendis, quae prior maritus ei suprema reliquerit voluntate . . . . . . Eandem quoque mulierem, infamem redditam, hereditates ab intestato, vel legitimas, vel honorarias, non ultra tertium gradum sinimus vindicare.

§ 86.

Ehelosigkeit und Kinderlosigkeit.

Charakteristisch für den Niedergang des Römertums schon im ersten Beginn der Kaiserzeit ist die umfassende Ehegesetzgebung (lex Julia de maritandis ordinibus 4 n. Chr. und lex Papia Poppaea 9 n. Chr.), zu welcher Kaiser Augustus sich veranlafst

sah. Hier ward verboten, daſs Senatoren und deren Kinder sich mit Freigelassenen oder Infamen, daſs Freigeborene mit Infamen sich verheirateten. Hier wurden ferner auf die Eheschlieſsung und Kindererzeugung Prämien gesetzt, so z. B. für die Frau, welche (als ingenua) drei, oder (als liberta) vier Kinder geboren hatte, die Befreiung von der Geschlechtsvormundschaft. Dem entspricht auf der andern Seite die Androhung von Strafen für Ehelosigkeit und Kinderlosigkeit. Ehelose (caelibes), d. h. solche welche ohne Grund unverheiratet sind, und Kinderlose (orbi) sind erwerbsunfähig (incapaces) aus einem Testament (vgl. unten § 101 II, 2): entweder ganz unfähig (so die caelibes) oder doch teilweise unfähig (so die orbi) Damit die Frau aus einem Testament das Ganze erwerben könne, muſs sie das jus trium vel quatuor liberorum haben, welches ihr jedoch auch durch kaiserliches Privileg beigelegt werden kann. Was im Testament einem incapax zugewandt ist, wird „caducum" und als solches von den Familienvätern, welche neben ihm im Testament bedacht sind, eventuell vom Ärar vindiciert (sog. caducorum vindicatio).

Durch Kaiser Constantin und die nachfolgende Gesetzgebung sind die Strafen der Ehe- und Kinderlosigkeit, durch Justinian die genannten Eheverbote aufgehoben worden.

Gaj. Inst. II § 286: Caelibes per . . . legem Juliam hereditates legataque capere prohibentur; . . . item orbi . . . per legem Papiam ob id, quod liberos non habebant, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt . . . . . . eaque translata sunt ad eos, qui in eo testamento liberos habent, aut si nullus liberos habebit, ad populum.

Ulp. tit. 17 § 1: Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo, verbi gratia si caelibi . . . legatum fuerit, nec intra dies centum caelebs legi paruerit.

II. Die patria potestas.

§ 87.

Die Begründung der patria potestas.

Die väterliche Gewalt wird kraft Rechtssatzes erworben über die in rechter Ehe erzeugten Kinder (nicht über die

Concubinenkinder), und durch die Legitimation der aufser der Ehe erzeugten Kinder, sei es per subsequens matrimonium, sei es per rescriptum principis. Daneben kennt das römische Recht eine künstliche Erzeugung der väterlichen Gewalt durch Rechtsgeschäft: die Adoption.

Die Adoption ist entweder Adoption eines paterfamilias (sog. arrogatio) oder Adoption eines filiusfamilias (adoptio im engeren Sinn)[1]. In beiden Fällen erleidet der Adoptierte eine capitis deminutio minima, weil er die Agnatenfamilie wechselt (oben S. 114).

Die Arrogation verlangte nach altem Recht eine Voruntersuchung der pontifices und Beschlufs der Curiatcomitien. Dann kam die Arrogation durch kaiserliches Rescript auf, welches zuletzt die allein übliche Form darstellte. Aber immer blieb die Arrogation durch einfaches Privatrechtsgeschäft ausgeschlossen. Die Änderung der Familienverhältnisse durch Arrogation interessiert das Gemeinwesen. Daher die öffentlich-rechtliche Form. In den Curiatcomitien konnte jedoch nur arrogiert werden, wer seine Zustimmung zur Arrogation in der Volksversammlung zu erklären imstande war. Der arrogatus ist Mit-Subject der Arrogationshandlung in den Comitien und mufs daher fähig sein, an der Arrogationshandlung in den Curiatcomitien Anteil zu nehmen. Darum gab es keine Arrogation eines impubes, noch eine Arrogation einer Frau. Jene sind überhaupt der rechtlich wirksamen Zustimmung, diese sind des Auftretens in der Volksversammlung unfähig. Antoninus Pius hat jedoch die Arrogation eines impubes gestattet, vorausgesetzt dafs sie als vorteilhaft für den impubes sich erweist, dafs ferner sämtliche Vormünder des impubes consentieren, dafs endlich der pater arrogans Caution stellt, im Fall des Versterbens des arrogatus vor erreichter pubertas das Vermögen desselben an diejenigen herauszugeben, welche es ohne die Arrogation kraft Erbgangs bekommen haben würden. Durch die Arrogation erlangt der impubes (für die Dauer seiner Impubertät) ein festes Recht auf den vierten

[1] Über den Begriff von paterfamilias (homo sui juris) und filiusfamilias (homo alieni juris: Sohn, Tochter, Enkel in der väterlichen Gewalt) vgl. oben S. 109 a. E.

Teil vom Nachlafs des pater arrogans, sog. quarta divi Pii. Mit der Gewalt über den arrogatus erwirbt der Arrogierende auch das Vermögen des arrogatus[2]) und die Gewalt über diejenigen, welche in der Gewalt des arrogatus sind.

Für die Adoption (im engern Sinne), welche wahrscheinlich ursprünglich gleichfalls die Zustimmung sämtlicher Geschlechter (der Curiatcomitien) forderte[3]), ward — erst nach den zwölf Tafeln — ein privates Rechtsgeschäft ausgebildet. In den zwölf Tafeln hiefs es, dafs dreimaliger Verkauf des Sohnes in die Knechtschaft den Untergang der väterlichen Gewalt herbeiführe. Wie die Emancipation des Haussohnes (vgl. oben S. 32), so konnte mit Hilfe dieses Rechtssatzes auch die datio in adoptionem ermöglicht werden. Der Vater verkaufte seinen Sohn dreimal durch mancipatio in die Knechtschaft (mancipium, unten S. 351). Der Scheinkäufer läfst den Sohn das erste und das zweite Mal frei (durch manumissio vindicta, also durch das Mittel der in jure cessio, oben S. 101). Das dritte Mal folgte dem Verkauf nicht nochmals Freilassungshandlung (dann wäre der Sohn damit emancipiert worden, unten S. 355), sondern die Adoptionshandlung in der Form der in jure cessio: der Adoptivvater trat vor dem Prätor mit der Scheinvindicatio in patriam potestatem auf; auf Geständnis oder Schweigen des Scheinbeklagten vollzog der Prätor den Zuspruch (addictio) des als Sohn Vindicierten an den Vindicanten. Zum Zweck dieser letzten in jure cessio pflegte der

---

[2]) Die Contractsschulden des arrogatus gingen nach Civilrecht unter (S. 114). Der Prätor aber gab in integrum restitutio, indem er eine actio ficticia gegen den arrogatus gewährte, als ob die Arrogation gar nicht geschehen wäre. Trat der Arrogierende dann nicht für den Arrogierten ein (der Arrogierte selbst hatte ja keine activa mehr), so ward vom Prätor über das Vermögen, welches dem Arrogierten ohne die capitis deminutio gehören würde, Concurs eröffnet, vgl. S. 333.

[3]) Dies geht daraus hervor, dafs das Privatrechtsgeschäft der datio in adoptionem deutlich als Product der an die zwölf Tafeln anschliefsenden interpretatio (oben § 11) erscheint. Noch zur Zeit der zwölf Tafeln gab es also so wenig eine datio in adoptionem wie eine emancipatio kraft privaten Acts, d. h. kraft blofser väterlicher Gewalt. Zu demselben Resultat führt die Vergleichung des griechischen Rechts: Schulin, Das griechische Testament (1882) S. 17 ff.; F. Bücheler und E. Zitelmann, Das Recht von Gortyn (1885) S. 161.

Scheinkäufer nach der dritten mancipatio zuerst noch das Kind an den Vater zurück zu mancipieren, so dafs dann der Vater selber bei der Adoptionshandlung Scheinverklagter war, also selber durch confessio in jure den Adoptionserfolg herbeiführte. Sollte eine Tochter oder ein Enkelkind einem anderen in Adoption gegeben werden, so genügte ein einmaliger Verkauf, um die patria potestas zu zerstören, und folgte deshalb gleich nach der ersten Mancipation nicht Freilassungshandlung (dann wäre das Kind damit emancipiert worden), sondern Adoptionshandlung. An Stelle dieser umständlichen Formen hat das spätere Kaiserrecht die Erklärung des Adoptionsvertrags zwischen beiden Vätern in Anwesenheit des Kindes vor Gericht gesetzt. Das Kind ist bei diesem Hingeben zu Adoption blofses Object der Handlung. Der Adoption eines impubes oder der Tochter steht hier kein Hindernis im Wege. Zustimmung des Kindes ist nicht nötig: der Widerspruch des willensfähigen Kindes aber macht die Adoption ungiltig.

Die Adoption i. e. S. hat jedoch durch Justinian die Kraft, die patria potestas hervorzubringen, verloren. Im Justinianischen Recht erzeugt die datio in adoptionem nur noch ein Kindeserbrecht des in Adoption Gegebenen gegen den Adoptivvater, kein Kindesverhältnis mehr (sog. adoptio minus plena). Nur in dem Fall, wenn das Kind seinem leiblichen Ascendenten (Grofsvater) in Adoption gegeben wird, tritt noch die alte volle Wirkung der datio in adoptionem ein (sog. adoptio plena). Die Wirkung der Arrogation ist jedoch im Justinianischen Recht nicht verändert worden.

Frauen können nicht adoptieren. Die sog. Adoption, welche seit Diokletian einer Frau, der ihre Kinder gestorben sind, durch rescriptum principis gewährt werden kann, erzeugt nur ein gegenseitiges Intestaterbrecht zwischen der Adoptivmutter einerseits, dem Adoptivkind und dessen Nachkommenschaft andererseits.

pr. I. de adopt. (1, 11): Non solum tamen naturales liberi secundum ea, quae diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii, quos adoptamus. § 1: Adoptio autem duobus modis fit: aut principali rescripto, aut imperio magistratus. Imperatoris auctoritate adoptamus eos easve, qui quaeve sui juris sunt. Quae species

adoptionis dicitur adrogatio. Imperio magistratus adoptamus eos easve, qui quaeve in potestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius, filia, sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.

Gellius V 19: Adrogantur ii, qui, cum sui juris sint, in alienam sese potestatem tradunt, ejusque rei ipsi auctores fiunt. Sed adrogationes non temere nec inexplorate committuntur; nam comitia arbitris pontificibus praebentur, quae curiata appellantur, aetasque ejus, qui adrogare vult, an liberis potius gignundis idonea sit, bonaque ejus, qui adrogatur, ne insidiose adpetita sint, consideratur; jusquejurandum a Q. Mucio pontifice maximo conceptum dicitur, quod in adrogando juraretur. Sed adrogari non potest nisi jam vesticeps. Adrogatio autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. Ejus rogationis verba haec sunt. Velitis jubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita uti dixi, ita vos quirites rogo. Neque pupillus autem neque mulier, quae in parentis potestate non est, adrogari possunt: quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est, et tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est, ut caput liberum fidei suae commissum alienae ditioni subjiciant.

§ 2 I. de adopt. (1, 11): Sed hodie, ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, jura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur, nec quidquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sunt. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel, si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno, vel materno, filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et potestate hujusmodi patris adoptivi sit.

§ 3 eod.: Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio permittitur et exquiritur causa adro-

gationis, an honesta sit expediatque pupillo, et cum quibusdam conditionibus adrogatio fit.

§ 88.

Die Wirkung der patria potestas.

Die patria potestas des alten Civilrechts bedeutet volle Gewalt des Vaters über den Gewaltunterworfenen (das Kind, das Enkelkind vom Sohne, die Frau in manu): das Recht über Tod und Leben (jus vitae ac necis) und das Recht, in die Knechtschaft zu verkaufen. Nur der Einfluſs der Verwandten in dem bei schwereren Fällen herkömmlicher Weise zu berufenden Familiengericht und die nota censoria sowie die geistliche Strafe, welche in Fällen des Miſsbrauchs drohte, stellte einen thatsächlichen Schutz für den Gewaltunterworfenen dar. Der Verkauf in die Knechtschaft, welcher das Familienglied als Object von Vermögenswert behandelte, muſs nicht allzuselten vorgekommen sein. Die zwölf Tafeln miſsbilligten ihn bereits durch den Strafrechtssatz: wer seinen Sohn dreimal in die Knechtschaft verkauft hat, soll zur Strafe seine väterliche Gewalt verlieren (oben S. 32). In späterer Zeit diente die Mancipation des Hauskindes in der Regel nur noch dem Scheinverkauf zum Zweck von Adoption (oben S. 348) oder Emancipation (unten S. 355). Der Ernstverkauf des Kindes behauptete sich nur in den Fällen der noxae datio, welche erst durch Justinian in ihrer Anwendung auf Hauskinder aufgehoben wurde. Bis auf Justinian war der paterfamilias wie berechtigt, so verpflichtet, im Fall eines Delicts seines Hauskindes entweder die Folgen des Delicts auf sich zu nehmen oder das Kind durch mancipatio in die Knechtschaft des Verletzten zu geben (noxae datio, oben S. 297 a. E.). Das solcherweise mancipierte Hauskind war, wie es hieſs, in mancipio und stand unter Sklavenrecht (servi loco), erwarb alles seinem Herrn und konnte, wie ein Sklave, nur durch manumissio der vollen Freiheit wiedergegeben werden. Das Recht der noxae datio und damit der letzte Rest des Verkaufsrechts ist durch Justinian beseitigt. Das jus vitae ac necis war schon lange vorher abgekommen.

Die väterliche Gewalt der Kaiserzeit ist nicht mehr die volle Gewalt des alten jus civile, sondern nur noch die natürliche Züchtigungs- und Erziehungsgewalt des jus gentium.

Dem Kinde gegenüber bedarf der Vater keiner Klage, weil ihm kraft des persönlichen Subordinationsverhältnisses das private Zwangsrecht zuständig ist. Reicht der Vater damit nicht aus, so kann er Hilfe der Obrigkeit im Verwaltungswege (extraordinaria cognitio) anrufen. Dem Dritten gegenüber aber dient dem Vater, falls dieser Dritte sich in Besitz des Kindes gesetzt hat und Gewalt über dasselbe ausübt, nach altem Civilrecht das Rechtsmittel der vindicatio in patriam potestatem (filii vindicatio), später das prätorische Rechtsmittel des interdictum de liberis exhibendis (auf Vorführung des Kindes); falls der Dritte aber keine eigene Gewalt über das Kind in Anspruch nimmt, sondern als Defensor des Kindes Einsprache gegen die Heimführung durch den Vater (die ductio) erhebt, das prohibitorische (gegen diese Einsprache gerichtete) interdictum de liberis ducendis[1]. Ist das Dasein der patria potestas streitig und handelt es sich zunächst darum, von dem Kinde oder dem Dritten die Anerkennung des Vaterverhältnisses oder der väterlichen Gewalt zu erstreiten, so dient dem Vater ein praejudicium, gerade wie umgekehrt das Kind, welches das Dasein der väterlichen Gewalt leugnet, ein solches praejudicium veranlassen kann (vgl. oben S. 164 a. E.).

Wie über die Person, so gewährt das altcivile Recht dem Vater auch volle Gewalt über das Vermögen des Hauskindes. Ja, durch die väterliche Gewalt wird die Vermögensfähigkeit des Hauskindes geradezu zerstört. Das Hauskind ist des eignen activen Vermögens unfähig. Was es erwirbt, wird vielmehr kraft Rechtsnotwendigkeit (sog. unfreie Stellvertretung) dem Hausvater erworben (S. 110. 131). Erst die Entwickelung des römischen Rechts in der Kaiserzeit hat Schritt für Schritt, die Consequenzen des alten Rechtes brechend, die Vermögensfähigkeit des Hauskindes ein- und durchgeführt.

Zuerst ist dem filiusfamilias miles die Erwerbsfähigkeit für sein sog. peculium castrense beigelegt worden. Was der Haussohn in seiner Eigenschaft als Soldat erwirbt (auch z. B. Geschenke, die ihm von Verwandten oder Kameraden gemacht werden), erwirbt er sich selbst, nicht seinem Vater. Er verwaltet

[1]) Vgl. über die genannten Rechtsmittel Demelius, Die Exhibitionspflicht (1872) S. 244—250.

das peculium castrense frei wie ein paterfamilias, und testiert darüber wie ein paterfamilias. Nur wenn er ohne Testament verstirbt, wird (nach dem Recht des Corpus juris, nicht mehr aber nach dem Recht der Novelle 118, vgl. unten § 98 a. E.) das peculium castrense von dem Vater jure peculii (nicht als hereditas) eingezogen, als ob es immer Eigentum des Vaters gewesen wäre.

Dem filiusfamilias miles (dessen Sonderstellung bereits durch Augustus begründet wurde) ist in der späteren Kaiserzeit, in dem nachdiokletianischen monarchischen Beamtenstaat, der filiusfamilias, welcher öffentlicher Beamter ist, gleichgestellt worden. Was der Sohn in öffentlicher Stellung, als Beamter oder als Advocat oder als Geistlicher, erwirbt, ist sein peculium quasi castrense, für welches die gleichen Rechtssätze gelten wie für das peculium castrense des filiusfamilias miles.

Nun ging Kaiser Constantin und die nachconstantinische Gesetzgebung auch dazu vor, grundsätzlich dem Hauskind jeglichen Erwerb zu gestatten. Zuerst für die bona materna (Erbschaft der Mutter), dann für die bona materni generis, dann überhaupt für jeden Erwerb, der von einem Dritten gemacht wird. Damit kamen die sog. bona adventicia auf. Adventicium ist alles, was nicht ex re patris, noch als castrense oder quasi castrense erworben worden ist. Das Eigentum an den adventicia hat das Hauskind, nicht mehr der Vater. Aber dem Vater ist als Rest seines früheren Rechts der Nieſsbrauch und die Verwaltung der adventicia überlassen worden. So hat das Hauskind an den bona adventicia nicht das volle Recht wie an castrensia und quasi castrensia. Mit der Verfügung unter Lebenden ist ihm auch die testamenti factio für die adventicia entzogen. Selbst unter Zustimmung des Vaters kann das Kind über seine Adventicien nicht testieren. Bona adventicia irregularia sind solche adventicia, in Bezug auf welche dem Hauskind auch Verwaltung und Nutzung zusteht, z. B. wenn der Dritte, welcher die Zuwendung machte, Nieſsbrauch und Verwaltung des Vaters ausschloſs, oder wenn das Kind einen Erwerb gegen den Willen des Vaters gemacht hat.

So bleibt das Kind im Justinianischen Recht nur noch unfähig, ex re patris, vom Vater zu erwerben. Was der Vater dem Kind giebt, sei es auch zu freier Verfügung (peculium pro-

fecticium), bleibt Eigentum des Vaters, wenngleich der Sohn darüber Verwaltungsrechte hat und durch seinen Contract den Vater bis auf den Betrag dieses Peculiums obligiert (oben S. 303). Das peculium profecticium ist ein peculium alten Stils, die einstige Erwerbsunfähigkeit des Hauskindes und seine sklavenähnliche Stellung zum Ausdruck bringend. Das peculium castrense und quasi castrense sowie die bona adventicia sind dagegen Peculien neuen Stils, nicht mehr die Vermögensunfähigkeit von einst, sondern umgekehrt die durch das neue Recht eingeführte active Vermögensfähigkeit auch des Hauskindes bedeutend.

L. 1 § 2 D. de R. V. (6, 1) (Ulpian.): Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt juris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur aut praejudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adjecta causa quis vindicet. Si quis ita petit: FILIUM SUUM, vel IN POTESTATE EX JURE ROMANO, videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse; ait enim, adjecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.

L. 3 pr. D. de lib. exhib. (43, 30) (Ulpian.): Ait praetor: SI LUCIUS TITIUS IN POTESTATE LUCII TITII EST, QUOMINUS EUM LUCIO TITIO DUCERE LICEAT, VIM FIERI VETO.

L. 11 D. de castr. pec. (49, 17) (Macer): Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamilias in militia adquisivit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset. Nam quod erat et sine militia adquisiturus, id peculium ejus castrense non est.

L. 2 D. de sc. Maced. (14, 6) (Ulpian.): . . . cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur.

§ 89.

Die Aufhebung der patria potestas.

Die patria potestas erlischt zu Gunsten des Hauskindes, wenn das Hauskind flamen Dialis oder virgo Vestalis wird (so nach altem Recht), nach Justinianischem Recht, wenn der Haussohn die Würde eines Bischofs oder eines patricius erlangt; zur Strafe für den Vater, wenn er das Kind aussetzt oder die Tochter verkuppelt. Der Tod des Vaters befreit nur die ihm unmittel-

bar Gewaltuntergebenen; die Enkelkinder vom Sohn fallen jetzt in die patria potestas ihres Erzeugers. Gleich dem Tode wirkt die capitis deminutio media und maxima (S. 111).

Das Rechtsgeschäft, durch welches die väterliche Gewalt aufgehoben wird, ist die Emancipation. Der Vater verkauft den Sohn dreimal in das mancipium; der Scheinkäufer läfst den Sohn jedesmal frei (manumissio vindicta, also unter Anwendung der in jure cessio, oben S. 101). Die dritte Manumission, nach welcher der Sohn frei wird (vgl. oben S. 32), ist die Emancipationshandlung. Darum pflegt der Scheinkäufer nach der dritten Mancipation den Sohn an den Vater zurück zu mancipieren, damit dieser die Emancipations-Manumission vornehme (parens manumissor). Für die Emancipation der Tochter und des Enkels genügte einmalige Mancipation, auf welche dann sofort (nach geschehener remancipatio) die emancipierende Manumissionshandlung folgte. Das spätere Kaiserrecht hat andere, leichtere Formen eingeführt: die Emancipation per rescriptum principis (emancipatio Anastasiana), und die Emancipation durch Erklärung zu gerichtlichem Protokoll (emancipatio Justiniana).

Das Kind ist lediglich Object der Emancipationshandlung. Es bedarf seiner Zustimmung nicht. Aber sein Widerspruch macht nach Justinianischem Recht die Emancipation ungiltig, ausgenommen wenn ein blofses Adoptivvaterverhältnis durch Emancipation gelöst wird. Ein Recht, emancipiert zu werden, hat das Kind nicht (ausgenommen unter Umständen der arrogierte impubes). Auch wenn das Kind erwachsen und zu Amt und Würden gelangt ist[1]), bleibt es von Rechts wegen in der väterlichen Gewalt, so lange nicht die Willkür des Vaters das Gewaltverhältnis löst. Die väterliche Gewalt des römischen Rechts ist eine egoistische Gewalt um des Vaters willen, welche darum in ihrem Bestande nicht an das Schutz- und Erziehungsbedürfnis des Hauskindes, sondern an die Lebenszeit des Vaters geknüpft ist. Anders im heutigen Recht, wo infolge deutsch-rechtlicher Anschauungen die väterliche Gewalt durch das wirtschaftliche Selb-

---

[1]) Nur gewisse hohe Würden befreien von der väterlichen Gewalt, wie im Eingang des Paragraphen bemerkt ist.

ständigwerden des Hauskindes (sog. separata oeconomia) von Rechts wegen aufgehoben wird (sog. emancipatio Saxonica).

Die Emancipation bewirkt für das Kind eine capitis deminutio minima, weil es aus der bisherigen Agnationsverwandtschaft ausscheidet (S. 114). Das emancipierte Kind ist das Haupt einer neuen Familie. Es ist nach Civilrecht verwandtenlos, so lange es nicht nach der Emancipation sich durch Kinderzeugung eine neue agnatische Verwandtschaft geschaffen hat.

Gaj. Inst. I § 132: Praeterea emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse; sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri vero liberi, sive masculini sexus, sive feminini, una mancipatione exeunt de parentum potestate. Lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis: SI PATER FILIUM TER VENUMDUIT, A PATRE FILIUS LIBER ESTO. Eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui, is eum vindicta manumittit. Eo facto revertitur in potestatem patris. Is eum iterum mancipat, vel eidem, vel alii: sed in usu est, eidem mancipari. Isque eum postea similiter vindicta manumittit. Quo facto cum rursus in potestatem patris fuerit reversus, tertio pater eum mancipat, vel eidem, vel alii: sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur: eaque mancipatione desinit in potestate patris esse.

§ 6. 7 I. h. t. (1, 12): Nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut, fictione pristina explosa, recta via apud competentes judices, vel magistratus parentes intrent et filios suos, vel filias, vel nepotes, vel neptes ac deinceps sua manu dimitterent. — Admonendi autem sumus, liberum esse arbitrium ei, qui filium et ex eo nepotem, vel neptem in potestate habebit, filium quidem de potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere, et ex diverso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere vel omnes sui juris efficere.

L. 3 § 1 D. de capite minutis (4, 5) (Paulus): Emancipato filio . . . capitis minutio manifesto accidit, cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus.

III. Die Vormundschaft.

§ 90.

Die Arten der Vormundschaft.

Die vormundschaftliche Gewalt ist die Familiengewalt, welche Ersatz bietet für die fehlende väterliche Gewalt.

Das römische Recht unterscheidet zwei Arten der Vormundschaft: tutela und cura. Tutor und Curator haben beide die Sorge sowohl für die Person wie für das Vermögen des Mündels. Aber die Stellung, welche sie zu dem Vermögen des Mündels einnehmen, ist eine grundsätzlich verschiedene.

Das Wesen der tutela ist die auctoritatis interpositio, d. h. die präsente Beihilfe zum Abschlufs von Rechtsgeschäften. Durch einen unmittelbar bei Abschlufs des Geschäfts erteilten Consens macht der tutor den Mündel fähig, das Geschäft selber abzuschliefsen. Die Tutel ist grundsätzlich das Mittel, um den unvollkommen Handlungsfähigen von seiner Unfähigkeit zu heilen. Mit der auctoritatis interpositio kann sich das Recht der Vermögensverwaltung (gestio), d. h. das Recht, anstatt des Mündels die Vermögensverwaltungsgeschäfte abzuschliefsen, verbinden, aber notwendig ist dem tutor die Vermögensverwaltungsbefugnis nicht.

Die tutela hat zwei Anwendungsfälle: die tutela impuberum (mit dem Recht der gestio) und die tutela mulierum (ohne das Recht der gestio).

Das Wesen der cura ist dagegen die Befugnis zur Vermögensverwaltung (gestio), d. h. das Recht des Curators, anstatt des Mündels über das Vermögen desselben zu disponieren. Der Curator ist bestimmt, den Verwaltungsunfähigen von der Verwaltung seines Vermögens auszuschliefsen. Es kann keinen curator ohne gestio geben. Dagegen fehlt dem curator die auctoritatis interpositio. Er kann dem Handlungsunfähigen nicht helfen, dennoch selbst zu handeln.

Die römische cura hat drei Anwendungsfälle: die cura minorum (über einen vollkommen Handlungsfähigen), die cura

prodigi (über einen unvollkommen Handlungsfähigen), die *cura furiosi* (über einen vollkommen Handlungsunfähigen).

Aus den entwickelten Grundsätzen ergiebt sich von selbst die Form, welche die römische Vormundschaft in den einzelnen Anwendungsfällen annimmt.

I. Die *Altersvormundschaft* hat die beiden Stufen der tutela impuberum und der cura minorum.

1) *Tutela impuberum*. Der tutor handelt anstatt des Mündels (in Ausübung seines Rechtes der gestio), oder der Mündel handelt, sobald er die infantia überschritten hat, unter Beihilfe des tutor (auctoritatis interpositio), sofern es sich um Veräußerungs- oder Verpflichtungsgeschäfte handelt. Erwerbsgeschäfte schließt der impubes infantia major ohne Mitwirkung des tutor giltig allein ab (oben S. 127).

2) *Cura minorum*. Die lex Plaetoria (um 186 v. Chr.) gestattete, daß der vaterlose pubes minor XXV annis aus besonderen Gründen von der Obrigkeit (dem Prätor) einen curator sich erbitte. Diese Erbittung ward dann die Regel, auch wenn keine besonderen Gründe vorlagen. Der minor pubes ist und bleibt vollkommen handlungsfähig, auch wenn er einen curator hat, wird aber durch die Bestellung dispositionsunfähig: das Recht der Vermögensverwaltung geht von ihm auf den curator über. Seine Erwerbsgeschäfte sind nach wie vor schlechtweg giltig, aber für seine Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäfte bedarf es der Genehmigung des curator (welche vor, bei oder nach dem Rechtsgeschäft erteilt werden kann), um dasselbe für sein Vermögen *wirksam* zu machen. Vgl. S. 128.

pr. I. de auct. tut. (1, 21) s. oben S. 128.

pr. I. de curat. (1, 23): Masculi quidem puberes et feminae viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes sint, adhuc tamen hujus aetatis sunt, ut negotia sua tueri non possint.

§ 2 eod.: Item inviti adulescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest.

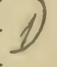
II. Die *tutela mulierum*. Um ihres Geschlechtes willen steht auch die erwachsene Frau, falls sie weder in patria potestate noch in manu mariti sich befindet, noch nach classischem Recht unter Vormundschaft (Geschlechtsvormundschaft) eines tutor, dessen

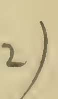
auctoritatis interpositio der Frau für den giltigen Abschlufs aller Verpflichtungsgeschäfte und aller negotia juris civilis (z. B. Mancipation, in jure cessio, Testament) unentbehrlich ist. Die Frau selber verwaltet ihr Vermögen — der tutor mulieris hat keine gestio —, aber zu ihrer Vermögensverwaltung bedarf die Frau in den genannten Fällen[1]) der in praesenti erteilten Genehmigung ihres tutor. Die hierin liegende Beschränkung war jedoch schon in der classischen Zeit eine blofse Form. Der tutor, welcher seine auctoritas verweigerte, konnte von der Frau zur Erteilung derselben gezwungen werden; die legitima tutela aber, von welcher das ganze Institut ausgegangen war und welche eine wirkliche Gewalt über die Frau bedeutete, weil hier der Frau keine Erzwingung der auctoritas zustand, war bereits durch eine lex Claudia (in der Kaiserzeit), welche die Agnatentutel aufhob, ihrer praktischen Bedeutung entkleidet worden[2]).

---

[1]) Nach altem Civilrecht, welches nur negotia juris civilis kennt, war also die Frau für alle Rechtsgeschäfte von dem alleinigen Abschlufs derselben ausgeschlossen.

[2]) Tutela legitima mulierum war die auf den zwölf Tafeln, bezw. deren interpretatio, ruhende Vormundschaft: 1) der Agnaten (über die unverheiratete Verwandte), 2) des patronus (über die unverheiratete liberta), 3) des parens manumissor (des Vaters über die emancipierte unverheiratete Tochter, bezw. Enkelin, vgl. S. 355). Der wichtigste Fall war die tutela legitima agnatorum, und dieser Fall war durch die lex Claudia beseitigt. Der tutor legitimus mulieris war durch zwei Rechtssätze ausgezeichnet: 1) er konnte seine auctoritas zur Testamentserrichtung, zur Veräufserung durch mancipatio, zur Verpflichtung durch negotium civile verweigern (praeterquam si magna causa interveniat); da ihm jedoch gegen die Verheiratung seiner Mündelin ein Veto nicht zustand, so konnte diese durch Eingehung einer Ehe mit manus seiner Vormundschaft sich entziehen und kam eine coëmtio fiduciae causae auf, welche nur tutelae evitandae causa vorgenommen wurde: die Frau schlofs Scheines halber eine Coëmtionsehe mit einem Dritten, welcher sie (kraft der fiduciarischen Clausel) durch remancipatio (S. 343) aus der Ehe entlassen mufste, sodafs der manumissor zum tutor (sog. tutor fiduciarius) der Frau wurde, welcher dann (als non legitimus) ein tutor ohne Veto war; 2) die tutela legitima mulierum konnte durch in jure cessio auf einen Dritten übertragen werden (tutor cessicius), doch ging die tutela cessicia nicht blofs durch Tod und capitis deminutio des tutor cessicius, sondern ebenso durch Tod und capitis deminutio des cedens zu Ende, und zeigt auch diese beschränkte Wirkung der in jure cessio (welche nur die Verwaltung der Vormundschaft als übergegangen





In der nachclassischen Zeit ist das ganze Institut der tutela mulierum verschwunden.

Ulp. tit. 11 § 1: Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis; sed masculis quidem impuberibus dumtaxat propter aetatis infirmitatem, feminis autem tam impuberibus, quam puberibus, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam.

Eod. § 25: Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt, mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.

Eod. § 27: Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege, aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant, in contubernio alieni servi morari, si rem mancipii alienent; pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec mancipii alienatione tutoris auctoritate opus est.

Gaj. Inst. I § 190: Mulieres, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.

III. Die cura furiosi ermächtigt und verpflichtet den curator, das Vermögen des Wahnsinnigen anstatt desselben zu verwalten.

IV. Die cura prodigi unterscheidet sich dadurch von der cura furiosi, dafs hier der prodigus selber zu eignen Erwerbsgeschäften fähig ist. Von Veräufserungs- und Verpflichtungsgeschäften ist er durch Bestellung der cura ausgeschlossen; sie müssen vom curator im Namen des prodigus abgeschlossen werden.

V. Unter besonderen Umständen kann auch ein curator mit beschränkter Vollmacht bestellt werden, so z. B. für den Altersschwachen oder Gebrechlichen (sog. cura debilium personarum) oder zur Aushilfe neben einem tutor.

---

erscheinen läfst), dafs die in jure cessio tutelae bereits der vorgerückteren Zeit angehört, welche selbst für die tutela legitima mulieris eine volle Veräufserung der Vormundschaft der Substanz nach ausschlofs. Vgl. oben S. 32 Anm. 3.

§ 91.

Berufung zur Vormundschaft.

I. Die Berufungsgründe. a) Für die tutela giebt es drei Berufungsgründe (sog. Delationsgründe): das Gesetz (tutela legitima), das Testament (tutela testamentaria) und die obrigkeitliche Ernennung (tutela dativa).

Die tutela legitima gebührt dem nächsten zur Vormundschaft fähigen Erben des Mündels, also nach Civilrecht dem nächsten Agnaten (eventuell, wenn kein Agnat da ist, dem nächsten Gentilen). Mit der Reform des Erbrechts hat dann das spätere Kaiserrecht auch die gesetzliche Berufung zur Vormundschaft reformieren müssen. Nach Justinianischem Recht wird kraft Gesetzes der nächste, zur Vormundschaft fähige Cognat des Mündels berufen.

Aber in der patria potestas (und ebenso in der manus mariti) ist das Recht enthalten, die tutela legitima durch testamentarische Ernennung eines Vormundes auszuschliefsen (tut. testamentaria). Dem Testament des Vaters wird das im Testament bestätigte Codicill (vgl. unten § 102 a. E.) gleichgeachtet. Hat der Vater aber in einem nicht bestätigten Codicill, oder hat er einem emancipatus, oder hat ein Dritter (z. B. die Mutter) dem Mündel einen Vormund im Testament ernannt, so bedarf es immer der obrigkeitlichen Bestätigung (confirmatio), welche jedoch der väterlichen Ernennung (in den genannten zwei Fällen) gegenüber sine inquisitione, also ohne weiteres (die confirmatio ist hier eine blofse Form), in den übrigen Fällen jedoch erst ex inquisitione, nach freiem Ermessen, erteilt wird.

Ist weder ein tutor legitimus noch ein tutor testamentarius vorhanden, so hat die Obrigkeit das Recht, einen tutor zu ernennen (tutela dativa). Dies Recht empfing der praetor urbanus (unter der Verpflichtung, die Volkstribunen, wenigstens die Mehrheit derselben, als consilium zuzuziehen) für die Stadt Rom durch die lex Atilia (tutor Atilianus). Für die Provinzen ward es sodann durch die lex Julia et Titia dem praeses provinciae gegeben. Später gab es in Rom besondere praetores tutelares, und wurden auch noch andere Magistrate (Consuln, Municipalmagistrate) mit

dem Recht der tutoris datio gesetzlich ausgerüstet. Zur postulatio tutoris, d. h. zur Erbittung eines tutor dativus, sind in solchem Fall die nächsten Intestaterben des Mündels, insbesondere Mutter und Großmutter, verpflichtet; eventuell gehen sie, falls der Mündel noch in der Unmündigkeit verstirbt, ihres Intestaterbrechts verlustig.

Ulp. tit. 11 § 14: Testamento nominatim tutores dati confirmantur lege duodecim tabularum his verbis: UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA JUS ESTO: qui tutores dativi appellantur.

§ 3 I. de tut. (1, 13): Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filio filiaque omnimodo procedit, nepotibus tamen neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sunt recasuri.

b) Die Berufung zur cura erfolgt grundsätzlich durch obrigkeitliche Ernennung. Auch die cura legitima der nächsten Agnaten (ev. Gentilen) über den furiosus und über den prodigus, welcher das ab intestato ererbte Vermögen verschleuderte, mußte durch prätorisches Decret gegeben werden.

Ulp. tit. 12 § 1: Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege duodecim tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a praetore constituuntur. § 2: Lex duodecim tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione jubet esse agnatorum. § 3: A praetore constituitur curator, quem ipse praetor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona: his enim ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri, libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit. § 4: Praeterea dat curatorem ei etiam, qui nuper pubes factus idonee negotia sua tueri non potest.

II. Die Fähigkeit zur Vormundschaft ist Voraussetzung für die Berufung zur Vormundschaft. Der Unfähige wird zur Vormundschaft nicht berufen, auch wenn er z. B. im Testament des Vaters zum tutor ernannt wäre. Unfähig zur Vormundschaft sind nach römischem Recht Nichtbürger, Frauen (ausgenommen Mutter und Großmutter, welche für die Dauer ihres Witwen-

standes die Tutel über ihre unmündigen Kinder erbitten dürfen) und wer selbst der Vormundschaft bedarf.

L. 18 D. de tut. (26, 1) (Neratius): Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent.

§ 13 I. de exc. tut. (1, 25): Minores autem XXV annis olim quidem excusabantur; a nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam aspirare . . . cum erat incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur et sub aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.

III. Die Wirkung der Berufung tritt grundsätzlich ipso jure ein: der rechtsgiltig berufene Vormund ist ohne weiteres Vormund. Er ist nicht berechtigt, die Vormundschaft abzulehnen. Die Übernahme der Vormundschaft ist ein munus publicum. Nur aus bestimmten, vom Gesetz festgestellten „Excusationsgründen“ kann die deferierte und grundsätzlich damit auch acquirierte Vormundschaft abgelehnt werden, wenn der Excusationsgrund rechtzeitig bei der Obrigkeit geltend gemacht wird.

Allein dem tutor testamentarius steht es frei, der Vormundschaft willkürlich sich zu entschlagen, und der vom Prätor zum tutor oder curator Ernannte kann durch Benennung eines näher Verpflichteten (potioris nominatio) der Vormundschaft sich entziehen.

L. 5 § 10 D. de adm. tut. (26, 7) (Ulpian.): Ex quo innotuit tutori, se tutorem esse, scire debet, periculum tutelae ad eum pertinere.

L. 1 § 1 eod. (Ulpian.): Id enim a divo Marco constitutum est, ut qui scit, se tutorem datum, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset.

pr. I. de exc. tut. (1, 25): Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis. Plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint sive emancipati. Si enim tres liberos quis superstites Romae habeat, vel in Italia quattuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura potest excusari.

§ 16 eod.: Qui excusare se volunt, non appellant, sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent, . . . si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt. Si vero ultra centesimum habitant, dinumeratione

facta viginti millium diurnorum et amplius triginta dierum. Quod tamen, ut Scaevola dicebat, sic debet computari, ne minus sint quam quinquaginta dies.

Fragm. Vat. § 157: Tunc demum excusandus est, qui prius datus fuerat, si is, quem nominaverit, et potior necessitudine et idoneus re fideque nec absens deprehendatur.

§ 92.

Die Wirkung der Vormundschaft.

Die Vormundschaft bevollmächtigt den Vormund einerseits, und sie verpflichtet den Vormund andererseits.

I. Sie bevollmächtigt den Vormund nach Maſsgabe seiner gestio (seines Rechts zur Vermögensverwaltung). Also: der tutor kann ohne Vollmacht sein, der curator nicht. Die Vollmacht des mit dem Recht der gestio ausgerüsteten Vormundes ist im Zweifel die Befugnis, alle Rechtsgeschäfte im Namen des Mündels und mit Wirkung für den Mündel abzuschlieſsen. Nur Schenkungsgeschäfte sind ausgenommen, und nach einer oratio divi Severi (195 n. Chr.) auch die Veräuſserung von praedia rustica und suburbana des Mündels. Dies Veräuſserungsverbot ist dann auf alle erheblicheren Veräuſserungen, welche nicht zur laufenden Verwaltung gehören, erstreckt worden. Zur giltigen Veräuſserung gehört in solchem Fall ein obervormundschaftliches Veräuſserungsdecret.

Es können mehrere Vormünder für denselben Mündel bestellt sein, z. B. durch Testament, oder infolge gleich naher Verwandtschaft. Dann hat jeder einzelne Vormund im Zweifel volle Vollmacht. Es kann aber eine Teilung der Vollmacht bestimmt sein: nach Geschäftszweigen, oder nach örtlichen Rücksichten u. s. f. Es kann auch einem allein die Vollmacht (natürlich dann die ganze Vollmacht) gegeben sein. Dieser eine heiſst dann tutor gerens. Die Vormünder ohne Vollmacht heiſsen tutores honorarii. Der Mangel der Vollmacht (gestio) nimmt aber nicht das Recht der auctoritatis interpositio. Der tutor honorarius kann zwar nicht anstatt des Mündels handeln, aber er kann dem Mündel durch seine auctoritas helfen, selbst zu handeln. Die

auctoritatis interpositio hat als solche die Vollmacht weder zur Voraussetzung, noch zum Inhalt[1]).

L. 1 pr. D. de reb. eor. (27, 9) (Ulpian.): Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores, praedia rustica vel suburbana distrahere.

L. 22 § 6 C. de adm. tut. (5, 37) (Constantin.): Jam ergo venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti; exceptis his dumtaxat vestibus, quae detritae usu, aut corruptae servando servari non poterint. § 7: Animalia quoque supervacua minorum, quin veneant, non vetamus.

II. Die Übernahme der Vormundschaft verpflichtet den Vormund zur sorgfältigen Geschäftsführung. Alles was im Interesse des Mündels ordentlicher Weise zu geschehen hat, um sein Vermögen nicht blofs zu erhalten, sondern auch zu vermehren (z. B. durch geeigneten Ankauf von Grundstücken, oder verzinsliche Anlegung von Mündelgeldern, oder Fortsetzung des dem Mündel gehörigen Gewerbebetriebes), alle Handlungen dieser Art liegen dem Vormund ob, damit für den Mündel ebenso gut gesorgt sei, wie wenn der Mündel selbst imstande wäre, seinem Vermögen vorzustehen. Doch haftet der Vormund nur für diligentia quam suis rebus (vgl. oben S. 287). Weil er nicht aus freien Stücken, sondern infolge Rechtspflicht zur Vormundschaft kommt, genügt es, wenn er auf die Angelegenheiten des Mündels die gleiche Sorgfalt wendet, wie auf seine eigenen. Hat der Vormund aber diese Diligenz versäumt, so schuldet er dem Mündel Schadensersatz. Ebenso natürlich, wenn er ohne obrigkeitliches Decret, also unter Überschreitung seiner Vollmacht, wichtigere Veräufserungshandlungen vornahm, oder die Mündelgelder unterschlug, oder in eigenen Nutzen verwandte u. s. f.

---

[1]) Daher ist denn auch der tutor gerens mit blofser Teilvollmacht dennoch immer tutor honorarius (mit dem Recht der auctoritatis interpositio) für jede Handlung des Mündels. Aber die auctoritatis interpositio vermag als solche nur die Formrichtigkeit der Rechtshandlung herbeizuführen. Die Entscheidung, ob das Veräufserungs- oder Verpflichtungsgeschäft vorzunehmen ist, gehört zur gestio. — Daher genügt die auctoritatis interpositio eines tutor honorarius nicht, um die materielle Giltigkeit einer solchen Disposition herbeizuführen, vgl. Puchta, Vorlesungen § 352. — Über den Unterschied von auctoritas und gestio s. A. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 184 ff.

Um diese Schadensersatzpflicht sicher zu stellen, ist der Vormund (von Ausnahmsfällen abgesehen)[2], verpflichtet, bei Antritt der Vormundschaft die Vormundschaftscaution (rem pupilli salvam fore) durch Bürgen oder Pfandbestellung zu leisten. Ja, dem Mündel steht kraft späteren Kaiserrechts ein gesetzliches Pfandrecht an dem ganzen Vermögen seines Vormundes zu.

Ferner haftet der Vormund nach Beendigung der Vormundschaft für Rechenschaftslegung und für Herausgabe des Mündelvermögens an den Mündel.

Diese Pflichten des Vormundes geltend zu machen, dient dem Mündel die actio tutelae directa gegen den Vormund, — nach römischem Recht eine infamierende Klage (vgl. oben S. 117). Sind mehrere Vormünder bestellt, so haftet jeder Vormund auf das Ganze (ein Fall der solidarischen Obligation, oben S. 254), aber bei geteilter Vollmacht, oder wo nur einer überhaupt bevollmächtigt war, zunächst der bevollmächtigte und an erster Stelle verantwortliche. Die übrigen nur subsidiär. Aufserdem können, gleichfalls subsidiär, diejenigen in Anspruch genommen werden, welche den Vormund vorschlugen (postulatores, nominatores), oder seine Tauglichkeit vor der Obrigkeit bezeugten (affirmatores), sowie endlich die Obrigkeit selbst (aber nach römischem Recht nur magistratus minores, z. B. Municipalmagistrate), welche bei Bestellung oder Beaufsichtigung des Vormundes nachlässig gewesen ist.

Wegen Unterschlagung von Mündelgut wird gegen den Vormund die actio rationibus distrahendis auf das doppelte gegeben (Schadensersatz und Strafe).

Der Vormund hat seinerseits gegen den Mündel ein Recht, seine Auslagen ersetzt zu verlangen, welches er mit actio tutelae contraria geltend macht.

Im Fall der cura sind die Klagen aus der negotiorum gestio zuständig (oben S. 286).

Protutor ist, wer in der Rolle eines Vormundes gehandelt hat (mochte er sich für den Vormund halten oder nicht), ohne es

[2]) Von der Pflicht zur Bestellung der Vormundschaftscaution befreit ist der vom Vater und der von einem höheren Magistrat ernannte Vormund.

zu sein, oder, falls er wirklich Vormund war, ohne es zu wissen. Hier wird actio protutelae directa und contraria gegeben.

L. 1 pr. D. de tut. (27, 3) (Ulpian.): In omnibus, quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc (tutelae) judicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam.

L. 2 pr. D. de tut. (27, 3) (Paulus): Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit. — § 2: Haec actio, licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli poena est.

L. 4 § 3 eod. (Paulus): Cum furiosi curatore non tutelae, sed negotiorum gestorum actio est, quae competit etiam, dum negotia gerit.

§ 2 I. de satisd. tut. (1, 24): Sciendum autem est, non solum tutores vel curatores pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione teneri, sed etiam in eos, qui satisdationes accipiunt, subsidiariam actionem esse, quae ultimum eis praesidium possit afferre. Subsidiaria autem actio datur in eos, qui vel omnino a tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverint, aut non idonee passi essent caveri.

L. 1 § 1 D. de conv. mag. (27, 8) (Ulpian.): Neque praetor neque quis alius, cui tutoris dandi jus est, hac actione tenebitur.

§ 93.

Die Aufhebung der Vormundschaft.

Die Vormundschaft endigt (von Tod und magna capitis deminutio abgesehen) regelmäfsig ipso jure mit der Aufhebung des Grundes, welcher sie erzeugte, (z. B. durch Grofsjährigkeit des Mündels, durch Genesung des Geisteskranken;) die cura prodigi jedoch nimmt erst mit dem Decret der Obrigkeit ein Ende, welches auf Grund eingetretener Besserung die Vormundschaft aufhebt.

Aufserdem giebt es eine Absetzung des Vormundes durch die Obervormundschaft, und zwar eine einfache Absetzung des zur Verwaltung der Vormundschaft Ungeeigneten (sog. excusatio necessaria), und eine schimpfliche (nach römischem Recht im Fall des dolus infamierende) Absetzung des treulosen Vormundes

(sog. remotio suspecti tutoris). Berechtigt zur accusatio suspecti ist jedermann, verpflichtet ist der Mitvormund.

Niederlegung der Vormundschaft (abdicatio tutelae), welche nach classischem Recht dem tutor testamentarius freistand, ist nach Justinianischem Recht für alle Vormünder nur aus Gründen (z. B. Verarmung, Taubheit, Blindheit) nach Ermessen der Obrigkeit zuständig.

§ 94.

Die Obervormundschaft.

Die Obervormundschaft ist die Staatsgewalt als Aufsichtsgewalt über die Vormundschaft. Sie sorgt schon nach römischem Recht für die Installierung des Vormundes, für die Bestellung der Vormundschaftscaution, für die Aufnahme eines Inventars. Unter Umständen liegt ihr auch die Berufung des Vormundes ob (oben S. 361). Sie hat zu wichtigeren Veräufserungshandlungen ihre Zustimmung zu erteilen (S. 364) und unter Umständen die Absetzung des Vormundes zu vollziehen oder die Niederlegung der Vormundschaft zu genehmigen. Das gemeine deutsche Pandektenrecht hat die Befugnisse der Obervormundschaft noch bedeutend erweitert und die Obervormundschaftsbehörde zum Range einer oberleitenden Instanz für die gesamte Vormundschaftsführung erhoben.

L. ult. § 2 C. arbitr. tut. (5, 51) (Justinian.): Illo procul dubio observando, ut non audeat tutor, vel curator, res pupillares vel adulti aliter attingere, vel ullam sibi communionem ad eas vindicare, nisi prius inventario publice facto, secundum morem solitum, res eis tradantur; nisi testatores, qui substantiam transmittunt, specialiter inventarium conscribi vetuerint. § 3: Scituris tutoribus et curatoribus, quod, si inventarium facere neglexerint, et quasi suspecti ab officio removeantur, et poenis legitimis, quae contra eos interminatae sunt, subjacebunt, et postea perpetua macula infamiae notabuntur, neque ab imperiali beneficio absolutione hujusmodi notae fruituri.

Zweites Capitel.

Das Erbrecht.

§ 95.

Grund und Begriff der Erbfolge.

Das Wesen des Vermögensrechts und ebenso der vermögensrechtlichen Verbindlichkeit (Obligation) ist die Unsterblichkeit. Der Eigentümer mag sterben, das Eigentum wird ihn überleben. Der Schuldner kann durch Tod hinweggenommen werden, nicht aber seine Schuld. Dadurch unterscheiden sich die Privatrechtsverhältnisse von den Rechten und Pflichten des öffentlichen und des Familienrechts, welche grundsätzlich mit der Person des Berechtigten, bezw. Verpflichteten, untergehen. Auch einige Privatrechtsverhältnisse giebt es, welche kraft ihres Inhalts an eine bestimmte Person geknüpft sind, und deshalb mit derselben verschwinden, z. B. der Nieſsbrauch, die Strafzahlungsschuld aus dem Delicte. Aber das grundsätzliche Wesen des Privatrechts und der Privatschuld ist, sein Subject überleben und auf ein neues Subject übergehen zu können. Das Vermögen wird nicht zerstört durch den Tod seines Inhabers.

Weshalb? Weil die Familie noch da ist nach dem Tod des einzelnen. In der Urzeit ist die Familie die einzige Eigentümerin, — es giebt nur collectives Eigentum. Aus dem Familieneigentum ist dann auf der einen Seite das Gesamteigentum der Gemeinde, auf der andern Seite das Privateigentum des einzelnen entsprungen. Das Familienerbrecht ist die Nachwirkung jenes ursprünglichen Familieneigentums auf das Privateigentum. Mit dem Inhaber des Vermögens ist das eigentliche Subject des Vermögens nicht gestorben: die Familie ist noch da. Sie überlebt den Verstorbenen, und durch sie überlebt ihn sein Vermögen.

Die Verwandten, vor allem die eignen Kinder beerben den Verstorbenen kraft Rechtssatzes, kraft gesetzlicher Notwendigkeit, kraft ihres (einstigen) Miteigentums an dem Vermögen. Aber die

Idee des Privateigentums wird stärker werden als die überlieferte Idee des Familieneigentums, und durch das Mittel des Testaments wird der Eigentümer sein vollfreies Verfügungsrecht, d. h. sein Alleineigentum auch von Todes wegen der Familie gegenüber realisieren. Der Intestaterbfolge, welche die einzige Erbfolge alten Stils ist, tritt die testamentarische Erbfolge gegenüber. Aber die Erinnerungen einstigen Familieneigentums werden nicht vollständig verschwinden. Das Anrecht gewisser nächster Angehörigen ist so stark, dafs es das Aufkommen des Alleineigentums überdauert. Es kommt hinzu, dafs die Interessen dieses nächsten Familienkreises zugleich in gewissem Sinne öffentliche Interessen sind: der Staat ist daran interessiert, dafs den nächsten Angehörigen, welche auf den Erblasser in Bezug auf ihre Existenz angewiesen sind, das Vermögen nicht ohne Grund entzogen werde. Deshalb wird mit der Entwickelung der testamentarischen Erbfolge gleichzeitig eine Erbfolge gegen das Testament (sog. Noterbfolge) aufkommen, welche zunächst das Gebiet bezeichnet, wo das Familieneigentum noch reagiert gegen das Alleineigentum (Noterbrecht alten Stils), welche sodann aber unter den Händen der Gesetzgebung das ganze Gebiet ergreift, wo die Interessen der Familie zugleich Interessen des Staates sind. Der Testator wird genötigt werden, in gewissem Mafs den Ansprüchen seiner nächsten Angehörigen gerecht zu werden, und das Noterbrecht wird dem Zusammentreffen der Familieninteressen und der öffentlichen Interessen in gleicher Weise Ausdruck geben, wie das Intestaterbrecht den uralten Rechten der Familie, das testamentarische Erbrecht aber den Rechten des Individuums.

Die Familie — in welche der testamentarische Erbe nach der ursprünglichen Anschauung, die noch jedes andere Erbrecht aufser dem Familienerbrecht perhorresciert, gewissermafsen durch Rechtsgeschäft aufgenommen wird — bedeutet die Kraft, welche das Vermögen im Fall des Todes vor dem Untergange rettet, und damit Erbrecht und Erbfolge hervorbringt.

Die Form aber, welche die römische Jurisprudenz der Erbfolge gegeben hat, ist die der Universalsuccession. Das heifst: das Vermögen wird als Ganzes erhalten, mit seinen Rechten, mit seinen Schulden, und als Ganzes geht es auf den

(oder die) Erben über. Durch diese Idee der Universalsuccession hat das römische Erbrecht die ihm innewohnende geistige Überlegenheit über das deutsche Erbrecht gewonnen, welche dann nach der Reception zum Sieg der römischen Erbschaftsbegriffe über die deutschen geführt hat. Das deutsche Erbrecht ist über den naiven Standpunkt der Urzeit, welcher die einzelnen Stücke des Nachlasses auf die Erben verteilt (Standpunkt der Singularsuccession) nicht hinausgekommen. Das römische Recht, kühner vorangehend, hat von der Singularsuccession, welche auch hier den Ausgangspunkt gebildet hat, den Fortschritt zur Universalsuccession gefunden. Hier wird das Vermögen nicht nach reellen Teilen auf die Erben verzettelt. Das Vermögen bleibt vielmehr eine Einheit. Jedem Erben fällt grundsätzlich das ganze Vermögen zu. Wenn mehrere Erben eintreten, und daher concursu partes fiunt, so teilt sich die Erbschaft unter sie nach ideellen (aliquoten) Teilen. Kein Erbe kann eine Sache (ein einzelnes Nachlaſsstück) erben. Eine Erbfolge giebt es nur in das Vermögen, in die Gesamtheit von Rechten und Schulden, welche der Erblasser hinterläſst.

Die praktische Bedeutung der Universalsuccession liegt auf dem Gebiet der Schuldennachfolge, und sicher war hier der Punkt, von welchem aus das römische Recht zu der Idee der Universalsuccession gelangte, um mittels derselben die Welt des Erbrechts zu erobern. Teilt man den Nachlaſs nach einzelnen Stücken, so entsteht die schwerwiegende Frage: wo werden die Schulden bleiben? Die Erbfolge mit Singularsuccession gefährdet die Erbschaftsgläubiger. Ganz anders, wenn die Gesamtheit von Rechten und Pflichten als Einheit auf die Erben übergeht: der Erbe wird als Alleinerbe mit dem ganzen Vermögen die ganze Schuld, er wird als Teilerbe mit einem aliquoten Teil des Vermögens auch einen aliquoten Teil der Schuld überkommen (wenn die Schuld nämlich teilbar ist; sonst werden alle Erben solidarisch, also jeder auf das Ganze haften).

Aber es bleibt noch eine Frage übrig. Haftet der Erbe nur mit der Erbschaft für die Schulden des Erblassers, oder haftet er auch mit seinem eignen Vermögen? Für den Standpunkt eines Erbrechts mit Singularsuccession ist notwendig die erste Alternative gegeben. Die Idee der Universalsuccession schlieſst nicht

notwendig die zweite Alternative in sich, aber sie läfst sie als möglich erscheinen, und für das römische Erbrecht ist es charakteristisch, dafs es seine Idee von der Universalsuccession gerade im Sinne der zweiten Alternative ausgebildet hat: der Erbe haftet nach römischem Recht für die Schulden des Erblassers auch mit seinem eigenen Vermögen. Also: er haftet, wie wenn diese Schulden von ihm selber contrahiert wären. Oder, noch deutlicher ausgedrückt: er haftet gerade so, als ob er der Erblasser selbst wäre.

Hiermit ist das Wesen der römischen Universalsuccession ausgesprochen. Die römische Erbfolge ist weder Nachfolge in einzelne Rechte oder Schulden (Singularsuccession), noch auch blofse Nachfolge in das Vermögen als Einheit (Universalsuccession im weiteren Sinne des Worts), sie ist vielmehr zunächst und an erster Stelle Nachfolge in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers (Universalsuccession im Sinn des Erbrechts). Das heifst: der Erbe gilt für das Privatrecht (für Eigentumsverhältnisse, Schuldenverhältnisse u. s. f.) so, als ob er der Erblasser wäre. Als Erbe ist er vielmehr der Erblasser, und darum berechtigt gleich dem Erblasser und verpflichtet gleich dem Erblasser. Er ist (als Erbe) ununterscheidbar von dem Erblasser. Folglich: der Erblasser ist für das Privatrecht nicht tot, er lebt vielmehr in der Person des Erben. Das römische Privatrecht hat die privatrechtliche Persönlichkeit, den Eigentümer, den Schuldner, unsterblich gemacht. Die Unsterblichkeit der Vermögensrechte sowie der Schulden, deren materieller Grund, wie wir gesehen haben, in der Tragkraft der Familie liegt, erscheint in der durchsichtig klaren Ideengestaltung des römischen Rechts formell als die blofs logische Consequenz der Unsterblichkeit ihres Inhabers.



Damit ist zugleich der volle Gegensatz zwischen Universalsuccession (in dem vollen Sinn des Worts, wie er vom römischen Erbrecht entwickelt worden ist) und Singularsuccession klargestellt. Die Singularsuccession, die Nachfolge in ein einzelnes Vermögensstück, bedeutet Wechsel des Subjects für das gleiche Rechtsverhältnis, die Universalsuccession aber Erhaltung des Subjects: das Wesen der Universalsuccession ist, keine Succession (Reihenfolge der Subjecte für das nämliche Rechtsver-

hältnis), sondern Continuation zu sein: es bleibt für das nämliche Rechtsverhältnis das nämliche Subject. In diesem Sinne ist die Universalsuccession Persönlichkeitsnachfolge, die Singularsuccession bloſse Rechtsnachfolge. Den praktischen Unterschied aber spricht der Satz aus: die Singularsuccession läſst grundsätzlich nur Rechte, nicht Schulden, die Universalsuccession des Erbrechts aber auch die Schulden übergehen, und zwar mit der Wirkung, daſs sie eigne Schulden des Erben werden: der Contrahent (der Erblasser) steht jetzt in der Person des Erben vor den Gläubigern.

Das Interesse, durch welches das römische Erbrecht fortentwickelt worden ist, war das Interesse der Erbschaftsgläubiger. Aber das Interesse der Gläubiger war mit dem Interesse des Schuldners selbst identisch. In demselben Augenblick, in welchem der Schuldner (kraft des Erbgangs) unsterblich wird, ist er creditfähig geworden. Jetzt giebt es einen Credit, welcher der Person gegeben werden kann (Personalcredit), denn die Person des Schuldners wird, auch wenn sie sterben sollte, nicht verschwinden: die Existenz seiner Persönlichkeit ist für das Privatrecht über die Zufälle dieses Lebens hinausgehoben worden.

In diesem Sinne ist das Wesen der Erbfolge die Universalsuccession, d. h. die Nachfolge in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen.

L. 62 D. de R. I. (50, 17) (Julian.): Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit. Ebenso Gajus in l. 24 D. de V. S. (50, 16).

L. 37 D. de adq. her. (29, 2) (Pomponius): Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.

§ 96.

Delation und Acquisition des Erbrechts.

Der Delationsgrund benennt den Erben für den Einzelfall; der Acquisitionsgrund macht zum Erben.

I. Das römische Recht kennt drei Delationsgründe: den Rechtssatz, welcher zur Intestaterbfolge, das Testament,

welches zur testamentarischen Erbfolge, den Rechtssatz in Widerspruch mit dem Testament, welcher zur Noterbfolge beruft (vgl. oben S. 370). Die testamentarische Erbfolge geht der Intestaterbfolge vor, die Noterbfolge der testamentarischen. Die Noterbfolge macht nicht immer das ganze Testament ungiltig: die Noterbfolge kann also unter Umständen mit der testamentarischen Erbfolge concurrieren, und der Erblasser dann zum Teil aus dem Testament, zum Teil kraft Rechtssatzes (gegen das Testament) beerbt werden. Dagegen schliefsen die testamentarische und die Intestaterbfolge nach römischem Recht sich gegenseitig aus. Wer ein Testament macht, kann nicht für einen Teil seines Vermögens testieren, so dafs er für einen andern Teil von seinen Intestaterben beerbt würde. Mag von vorneherein im Testament den eingesetzten Erben nicht die ganze Erbschaft zugewandt sein, oder mag nachträglich durch Ausschlagen der Erbschaft oder Tod (vor dem Erbschaftserwerb) ein Teil der Testamentserben hinwegfallen, immer wird auf die Testamentserben die ganze Erbschaft verteilt; die freien (oder freigewordenen) Teile der Erbschaft accrescieren den Testamentserben nach Verhältnis ihrer Erbportion. Erbeseinsetzung ist Einsetzung auf das ganze Vermögen. Nicht der Wille des Erblassers (dafs der Eingesetzte z. B. nur ein Viertel der Erbschaft haben solle), sondern nur die Concurrenz von Miterben vermag ihn zu beschränken. Der Erblasser mag unter mehreren Miterben die Art ihrer gegenseitigen Beschränkung (ihre Quoten) frei bestimmen, er kann aber nicht bewirken, dafs der Erbe durch den blofsen Willen des Erblassers auf einen Teil der Erbschaft beschränkt sei, — die Erbeseinsetzung ist auch in diesem Sinne eine successio in universum jus defuncti, gewifs nicht ohne geschichtlichen Zusammenhang mit der Thatsache, dafs auch bei den Römern, wie bei den Griechen und Deutschen, das Testament aus der Adoption hervorging (unten § 99 I): die Adoption wirkt aber ihrer Natur nach für das ganze Vermögen des Adoptierenden. Daher der Rechtssatz: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

L. 151 D. de V. S. (50, 16) (TERENTIUS CLEMENS): Delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi.

L. 39 D. de adq. her. (29, 2) (ULPIAN.): Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

L. 7 D. de R. I. (50, 17) (POMPONIUS): Jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.

II. Die Acquisition des Erbrechts erfolgt nach römischem Recht in zweifach verschiedener Weise, je nachdem der Erbe ein hausangehöriger Erbe (heres domesticus) oder ein nicht hausangehöriger Erbe (heres extraneus) ist. Der heres domesticus erwirbt, da er bereits rechtlich im Hause des Erblassers sich befindet (es für ihn der Besitzergreifung nicht bedarf), die Erbschaft von selber, ipso jure, d. h. ohne Erbesantretung: er ist heres necessarius. Der heres extraneus dagegen, welcher, rechtlich aufserhalb des Hauses befindlich, erst seinen Einzug in das Haus des Verstorbenen halten mufs, erwirbt die Erbschaft erst durch Antretungshandlung, also durch seine Willensäufserung: er ist heres voluntarius[1]:

1) Heredes domestici sind

a) vor allem die sui heredes, d. h. die unmittelbar gewaltunterworfenen agnatischen Descendenten des Erblassers. Sie sind dem verstorbenen Hausvater kraft patria potestas „angehörig" (nur der paterfamilias kann also sui heredes haben), und zwar unmittelbar (Kinder und Enkel von vorverstorbenen Söhnen), so dafs sie nach dem Tode des Vaters von Rechts wegen (ab intestato) Erben des Vaters (sui heredes) sind. Sie erwerben die väterliche (bezw. grofsväterliche) Erbschaft ipso jure, mögen sie im Einzelfall ex testamento oder ab intestato berufen sein. Sie werden Erben ohne ihren Willen, ja gegen ihren Willen. Sie sind heredes sui et necessarii. In ihrem Erbrecht lebt das alte Familieneigentum fort. Ihr Anrecht, welches sie schon (nach älterer Rechtsanschauung) bei Lebzeiten des Erblassers besafsen, wird jetzt nur frei durch den Wegfall des Erblassers. Darum

[1]) Den gleichen Gegensatz der heredes domestici und der heredes extranei hat das griechische Recht: Leist Gräco-italische Rechtsgesch. S. 72 ff. 80 ff. Ebenso das deutsche Recht: die „Kinder in der Were", d. h. die noch hausangehörigen Kinder, sind hier die heredes domestici (sui heredes), vgl. § 97 Anm. 4.

bedarf es für sie einer Antretungshandlung nicht: der Delationsgrund ist für sie zugleich Acquisitionsgrund. Ja, auch die Ablehnung ist ihnen nach Civilrecht versagt: sie vermögen die Thatsache nicht zu ändern, daſs sie als Hausangehörige bereits Träger des hinterlassenen Vermögens sind. Erst der Prätor gab den sui heredes das beneficium abstinendi, d. h. das Recht, sich durch Willenserklärung der Erbschaft zu entschlagen. Obgleich der suus dann nach Civilrecht Erbe blieb, war er doch von prätorischen Rechts wegen nicht Erbe, und versagte der Prätor den Erbschaftsgläubigern die Klage gegen ihn. Durch Ausübung des Erbrechts aber (immiscere se hereditati) ging das beneficium abstinendi verloren. So waren auch die sui nach prätorischem Recht vor die Wahl gestellt, ob sie die Erbschaft annehmen (durch immiscere) oder ausschlagen wollten (durch abstinere). Die alte Idee des Familieneigentums war damit an diesem Punkte beseitigt.

Sui heredes sind, wie schon bemerkt, die unmittelbar gewaltunterworfenen agnatischen Descendenten des Erblassers, also diejenigen Descendenten, welche durch den Tod des Erblassers von der patria potestas frei werden, oder welche, falls sie noch bei Lebzeiten des Erblassers geboren wären, durch seinen Tod von der patria potestas befreit sein würden. Sui schlechtweg heiſsen diejenigen sui, welche zur Zeit der Errichtung des Testaments bereits sui waren; postumi sui werden diejenigen sui genannt, welche nach Errichtung des Testaments „agnascieren“, sei es durch Geburt, sei es dadurch daſs sie durch den Wegfall ihres parens nachträglich in die unmittelbare potestas des Erblassers (ihres väterlichen Groſsvaters) eintreten und dadurch sui heredes des Testators werden. Die uxor in manu gehört zu den sui heredes ihres Mannes (oben S. 333), gerade wie (plene) adoptierte und arrogierte Hauskinder (oben S. 347. 349), nicht aber das emancipierte Kind. Die Mutter hat keine sui heredes.

L. 11 D. de lib. et post. (28, 2) (Paulus): In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur: unde etiam filiusfamilias appellatur sicut paterfamilias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mor-

tem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat.

b) Enkelkinder des verstorbenen Hausvaters von einem noch lebenden (und noch in der Gewalt des Hausvaters befindlichen) Sohne sind keine sui heredes, wohl aber heredes domestici, weil sie, wenngleich nur mittelbar, gleichfalls kraft patria potestas dem Verstorbenen und seinem Hause angehören. Sie sind daher, ebenso wie die sui, heredes necessarii ihres Grofsvaters. Ab intestato gelangen sie nicht zur grofsväterlichen Erbschaft; sie sind durch ihren Vater (den Haussohn des Verstorbenen) ausgeschlossen. Wird aber ein solcher Enkel von seinem Grofsvater testamento zum Erben eingesetzt, so ist er heres necessarius, und sein Vater erwirbt (kraft der patria potestas, S. 110) durch ihn ipso jure als heres necessarius die Erbschaft des Grofsvaters[2]).

c) Der Testator kann nach römischem Recht auch seinen eignen Sklaven zum Erben einsetzen, indem er ihn zugleich durch das Testament freiläfst. Dann erwirbt der Sklav testamento die Freiheit (S. 101), und zugleich kraft rechtsnotwendigen Erwerbes (ipso jure) die Erbschaft seines Herrn. Auch ein solcher Sklav zählt zu den heredes domestici, weil er seinem Herrn und dessen Hause kraft dominica potestas angehört. Darum ist er heres necessarius, und zwar, im Unterschied von den heredes sui et necessarii, ohne beneficium abstinendi. Er mufs, wenn die Erbschaft überschuldet ist, den Concurs mit seinen Folgen für

---

[2]) L. 6 § 5 D. de adq. her. (29, 2): si nepos ex filio exheredato heres sit institutus, patrem suum sine aditione faciet heredem et quidem necessarium. Man sieht also, dafs alle agnatischen Descendenten heredes necessarii sind, weil sie alle kraft patria potestas heredes domestici, „hausangehörige" Erben des Erblassers (in diesem Sinne sui) sind. Der engere Begriff der sui, welcher nur die unmittelbar kraft p. p. Angehörigen umfafst, ist auf das Intestaterbrecht zugeschnitten und bezeichnet diejenigen, welche, weil zwischen ihnen und dem Erblasser kein näherer Descendent steht, nicht blofs sui, sondern (ab intestato) sui heredes sind. — Die Enkelkinder von einer Tochter kommen nicht in Frage, weil sie in die väterliche Gewalt ihres Vaters, bezw. ihres väterlichen Grofsvaters fallen. Sie sind im Verhältnis zu ihrem mütterlichen Grofsvater nur cognatische, nicht agnatische Descendenten.

seine Person durchmachen, haftet aber nur mit der Erbschaft, nicht mit anderweitigem, später erworbenem Vermögen.

Die Einsetzung eines fremden Sklaven dagegen deferiert die Erbschaft dem Herrn desselben, welcher dann nach freiem Ermessen den Sklaven antreten lassen kann oder nicht.

2) Heredes extranei sind alle übrigen, welche nicht zu den heredes domestici gehören. Sie erwerben, falls sie zur Erbfolge berufen sind, das Erbrecht nicht ipso jure, sondern erst durch Antretungshandlung (aditio hereditatis), d. h. durch die Erklärung, die Erbschaft haben zu wollen. Sie sind und heifsen daher heredes voluntarii[3]). Ihre Antrittserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend gegeben werden; es genügt zum giltigen Antritt der Erbschaft nach classischem Recht jede Handlung, durch welche der Erbschaftserwerbswille sich thatsächlich manifestiert (pro herede gestio). Einer formalen Antrittshandlung (cretio) bedarf es nach classischem Recht nur dann, wenn der Erblasser sie in seinem Testament als Bedingung der Erbeseinsetzung ausdrücklich vorgeschrieben hatte. Mit der cretio schrieb der Testator zugleich die bestimmte Zeit (gewöhnlich

---

[3]) In der Möglichkeit der Antretung ist nach altem Recht (nicht die Möglichkeit der Ausschlagung, vgl. S. 389, wohl aber) die Möglichkeit der Abtretung mit enthalten: der heres legitimus, d. h. der durch das Zwölftafelrecht berufene Intestaterbe kann, sofern er heres voluntarius ist (also der agnatus proximus, bezw. der Gentil, § 98), anstatt der Antretungshandlung (also ante aditam hereditatem) die Abtretungshandlung vollziehen, indem er durch in jure cessio einen andern (der also die Schein-vindicatio hereditatis anstellt) zum Erben macht, Gaj. II § 35: proinde fit heres is, cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset. Dadurch ward das Erbrecht selber zugewandt, und war solche in jure cessio ein Ersatz für die dem civilen Intestaterbrecht mangelnde successio graduum (S. 395). Die in jure cessio hereditatis post aditam hereditatem (welche allen heredes voluntarii, also auch dem Testamentserben, zustand) war dagegen blofse Veräufserung des Nachlasses (der Erbschaft), keine Änderung der Erbfolge (des Erbrechts). Auf den Erwerber ging das Eigentum an den Nachlafssachen über; der Cedent aber blieb Erbe und behielt damit die Schulden; die Forderungsrechte gingen unter: der Erwerber konnte sie nicht geltend machen, weil nomina nicht in jure cediert werden konnten; der Cedent aber ebensowenig, weil er ja (wenn auch nur scheinbar) den Procefs um das Erbrecht verloren und selber bekannt hatte, dafs er nicht Erbe (also auch nicht Gläubiger aus den nomina des Erblassers) sei.

centum dies utiles) vor, binnen deren sie vorzunehmen war. Der eingesetzte Erbe hatte dann mit den solennen Worten anzutreten: Quod me Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque. Von classischen Civilrechts wegen gab es keine gesetzliche Frist für die Antrittshandlung. Aber die Erbschaftsgläubiger konnten von dem Delaten durch interrogatio in jure (an heres sit) eine Erklärung verlangen, und dann der Prätor ihm auf seine Bitte eine Antwortfrist (sog. Deliberationsfrist) ansetzen[4]).

Die Ablehnung der deferierten Erbschaft heißt repudiatio. Sie erfolgt nach classischem Recht durch die irgendwie geäußerte Kundgebung, die Erbschaft nicht haben zu wollen. Die repudiatio ist unwiderruflich, ebenso wie umgekehrt die aditio hereditatis. Hatte der Testator jedoch in seinem Testament die cretio vorgeschrieben, so war die repudiatio ungiltig (es konnte also trotzdem immer noch die cretio vorgenommen werden), und ging die Erbschaft nur durch Versäumung der Cretionsfrist verloren. Die Rechtssätze von der cretio haben für das Justinianische Recht keine praktische Bedeutung mehr. Durch ein Gesetz von Arcadius und Theodosius ward die cretio aufgehoben[5]).

Ulp. tit. 22 § 25: Extraneus heres, siquidem cum cretione sit heres institutus, cernendo fit heres; si vero sine cretione, pro herede gerendo. § 26: Pro herede gerit, qui rebus hereditariis tamquam dominus utitur; velut qui auctionem rerum hereditariarum facit, aut servis hereditariis cibaria dat. § 27: Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire hereditatem, nec ne, velut: Titius heres esto cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris poterisque. Nisi ita creveris, exheres esto. § 28: Cernere est verba cre-

---

[4]) Die interrogatio in jure ist die Frage vor dem Magistrat (dem Prätor), welche nach Ermessen der Gerichtsobrigkeit statthat, um über das Vorhandensein von Proceſsvoraussetzungen in der Person des zu Verklagenden (sogen. Passivlegitimation) zu einer bindenden Erklärung zu gelangen, z. B. an heres sit, oder quota ex parte heres sit, oder an in potestate habeat eum, cujus nomine noxali judicio agitur. Tempus ad deliberandum ist die Antwortfrist, welche einer solchen interrogatio in jure gegenüber erbeten wird.

[5]) Über das ursprüngliche Wesen der cretio vgl. unten S. 386.

tionis dicere ad hunc modum: QUOD ME MAEVIUS HEREDEM INSTITUIT, EAM HEREDITATEM ADEO CERNOQUE.

Eod. § 31: Cretio aut vulgaris dicitur, aut continua. Vulgaris, in qua adjiciuntur haec verba: QUIBUS SCIERIS POTERISQUE; continua, in qua non adjiciuntur. § 32: Ei, qui vulgarem cretionem habet, dies illi tantum computantur, quibus scivit, se heredem institutum esse, et potuit cernere. Ei vero, qui continuam habet cretionem, etiam illi dies computantur, quibus ignoravit, se heredem institutum, aut scivit quidem, sed non potuit cernere.

GAJ. Inst. II § 168: Sicut autem qui cum cretione heres institutus est, nisi creverit hereditatem, non fit heres, ita non aliter excluditur, quam si non creverit intra id tempus, quo cretio finita est; itaque licet ante diem cretionis constituerit, hereditatem non adire, tamen paenitentia actus, superante die cretionis, cernendo heres esse potest. § 169: At is, qui sine cretione heres institutus est, quive ab intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur.

L. 17 C. de jure delib. (6, 30) (ARCAD., HONOR. ET THEOD.): Cretionum scrupulosam sollemnitatem hac lege penitus amputari decernimus.

III. Hereditas jacens ist die Erbschaft vor dem Erbschaftserwerb. Sie besteht aus Rechten und Schulden. Ja, sie kann noch neue Rechte und Schulden erwerben. Das erstere z. B. durch Separation von Früchten, durch Rechtsgeschäfte von Sklaven, durch Vollendung der Usucapion; das zweite z. B. dadurch, daſs ein anderer für sie negotia geriert (oben S. 286), daſs der Erbschaftssklave delinquiert (oben S. 297) u. s. w.



Nach Antritt der Erbschaft wird der dann vollzogene Erbschaftserwerb des Erben zurückbezogen auf den Moment des Todes des Erblassers. Durch diesen Rechtssatz ist zugleich die auf den ersten Blick so schwierige Frage entschieden: wer denn Subject der zur hereditas jacens gehörenden Rechte und Schulden sei. Nach der herrschenden Ansicht ist die hereditas jacens selbst ihr eigenes Subject. Sie wird für eine juristische Person, etwa der Stiftung (oben S. 95) vergleichbar, erklärt. Nach einer anderen Ansicht hat die hereditas jacens gar kein Subject. Die Rechte und Schulden, welche zur hereditas jacens gehören, sollen subjectlose Rechte und Schulden sein. Die eine Ansicht scheint so wenig

befriedigend wie die andere: nach der ersteren würde der Erblasser von seiner eigenen Erbschaft beerbt werden (diese wäre die Person, welche in locum defuncti succedierte); die zweite verstöfst gegen die Thatsache, dafs es das Wesen von Recht und Schuld ist, eine Prädicatvorstellung (berechtigt sein, verpflichtet sein) zu bedeuten, und dafs es daher das Wesen von Recht und Schuld ist, ein Subject (zu diesem Prädicat) zu fordern. Der an die Spitze gestellte Rechtssatz giebt die Antwort des positiven römischen Rechts: der Erbe ist das Subject der hereditas jacens. Der Rechtssatz, dafs die Wirkung des Erbschaftserwerbes zurückbezogen wird, bedeutet, dafs nach geschehenem Erbschaftsantritt der Erbe von vorneherein, unmittelbar nach dem Tode des Erblassers, Subject aller Rechte und Schulden des Erblassers gewesen ist. Der Erblasser wird direct und ohne Unterbrechung von dem Erben beerbt, auch wenn dieser erst lange nachher erwirbt, nie aber von seiner Erbschaft. So lange die Erbschaft noch nicht erworben ist, ist nicht ungewifs, dafs sie ein Subject hat. Sie hat nämlich den Erben zum Subject, schon jetzt, — und sollte niemand die Erbschaft haben wollen, so wird loco heredis der Fiscus in die bona vacantia eintreten. Es ist nur ungewifs, wer dies Subject ist. Mit andern Worten: es liegt ein Fall der sog. Pendenz der Rechtsverhältnisse vor; die Rechtsverhältnisse sind da, sie haben ein Subject, es ist nur objectiv unmöglich, dies Subject gegenwärtig bereits zu benennen. Die hereditas jacens bildet gerade für solche Pendenz einen Musterfall. Nun scheint im Corpus juris gerade das Gegenteil von dem zu stehen, was soeben behauptet wurde, da Ulpian erklärt: hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet, und diese Stelle wird es wahrscheinlich sein, welche bisher von jeder Auskunft in dem eben angedeuteten Sinne abgeschreckt hat. Dennoch sagt sie vielmehr das gleiche, was vorher behauptet wurde. Insoferne der Erbe Erbe ist, ist er nicht er selbst, sondern der Erblasser. So stellt der Erbe als Subject der Erbschaft nicht sich selber, sondern die persona defuncti dar. Was von dem Erben gilt, wird vor Antritt der Erbschaft von der Erbschaft (der hereditas jacens) ausgesagt, weil in der hereditas schon jetzt der (gegenwärtig nur noch nicht benennbare) Erbe steckt: die Erbschaft hat die Eigenschaft

des Erben, den Erblasser darzustellen. Die Erbschaft ist der Erbe, welcher künftig antreten wird, und gerade deshalb ist sie nicht der Erbe (nämlich in seiner Eigenschaft als eine andere Persönlichkeit), sondern der Erblasser, weil der Erbe als Erbe vielmehr der Erblasser ist. So spricht die angeführte Stelle gerade den Grundgedanken des römischen Erbrechts unmifsverständlich aus: der Erbe, und darum auch schon die Erbschaft vor dem Erwerb, repräsentiert die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers. In der Erbschaft ist schon jetzt der Erbe, bevor er noch die Erbschaft angetreten hat. So heifst es denn auch geradezu bei Pomponius, dafs die hereditas die persona heredis interim sustinet. Die beiden Sätze, dafs die Erbschaft die persona heredis, und dafs sie die persona defuncti darstellt, sind nicht mit einander in Widerspruch, sondern sind vielmehr mit einander identisch.

L. 24 D. de novat. (46, 2) (Pomponius): Morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet.

L. 34 D. de adq. rer. dom. (41, 1) (Ulpian.): Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet.

L. 22 D. de usurp. (41, 3) (Javolen.): Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur.

L. 54 D. de adq. her. (29, 2) (Florentin.): Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intellegitur.

L. 22 D. de fidej. (46, 1) (Florentin.): Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas.

§ 97.

Hereditas und bonorum possessio.

Der Gegensatz von Civilrecht und prätorischem Recht kehrt auf dem Gebiet des Erbrechtes wieder. Hereditas ist das Erbrecht nach jus civile, bonorum possessio das Erbrecht nach jus honorarium. Die Entwickelung des prätorischen Erbrechts im Gegensatz zum Civilrecht hat auch an dieser Stelle dem jus gen-

tium gedient, das engbegrenzte Erbfolgesystem des jus civile zu erweitern, zu berichtigen und den endlichen Sieg des jus gentium über das jus civile auch auf dem Gebiet des Erbrechts vorzubereiten.

Der Ursprung, aus welchem die prätorische bonorum possessio hervorgegangen ist, liegt im Dunkeln.

Nach einer Ansicht entwickelte sich die bonorum possessio im Anschlufs an die alte vindicatio durch legis actio sacramento. Die Erhebung des beiderseitigen Eigentumsanspruchs führte hier zu einer Aufhebung des bisherigen Besitzstandes durch den Magistrat und zu einer Neuregulierung desselben (vindicias dare) nach Ermessen des Prätors (oben S. 147). Wem die vindiciae zugesprochen wurden, der empfing damit die rei possessio, den Besitz der Sache auf die Dauer des Processes. Ward nun eine hereditatis vindicatio in Form der legis actio sacramento durchgeführt (und diese Form behielt der Erbschaftsstreit noch späterhin, da für Erbschaftsklagen das Centumviralgericht competent war, oben S. 151), so mufste also das vindicias dare dahin führen, dafs dem einen die bonorum possessio, der Besitz der Erbschaft auf die Dauer des Processes, vom Prätor zugesprochen wurde — wohl auf Grund einer provisorischen Untersuchung über die Zuständigkeit des Erbrechtes. In der Zuerteilung der bonorum possessio lag ein provisorisches Urteil des Prätors über das Erbrecht selbst, und die Parteien mochten daher oft genug den weiteren Erbschaftsstreit fallen lassen, sobald dem einen bonorum possessio durch den Prätor zuerkannt worden war. So etwa wäre nach dieser Ansicht die älteste Art der bonorum possessio, nämlich die Erteilung von Erbschaftsbesitz im Dienst des Civilrechts (juris civilis adjuvandi gratia) aufgekommen, der sich dann bei weiterer Entwickelung der prätorischen Selbständigkeit gegenüber dem Civilrecht die bonorum possessio juris civilis supplendi gratia (zur Ergänzung der Lücken des civilen Erbfolgesystems), zuletzt die bonorum possessio juris civilis corrigendi gratia (im Widerspruch mit dem Civilrecht) angeschlossen hätte.

Nach einer anderen Ansicht wäre die bonorum possessio aus der sog. usucapio pro herede hervorgegangen. Die Erbschaftssachen sind, so lange der Erbe von denselben noch keinen Besitz ergriffen hat, nach altem Civilrecht der Usucapion seitens

eines jeden Dritten preisgegeben, welcher dieselben in Besitz nimmt. Weder bona fides, noch ein Titel war für die usucapio pro herede notwendig. Sie vollendete sich in Bezug auf alle Erbschaftssachen, auch in Bezug auf Grundstücke, in einem Jahr, weil als Gegenstand der Usucapion die Sache nicht als solche galt, sondern als Bestandteil der Erbschaft: in allen Fällen ward eine Erbschaftssache usucapiert (als eine dritte Art von Sachen neben unbeweglichen und beweglichen Sachen gedacht), und fand daher nicht die Usucapionsfrist von zwei Jahren (für die res soli), sondern immer die für die „ceterae res" gesetzte Frist von einem Jahr Anwendung. Die usucapio pro herede hatte natürlich eine besondere praktische Bedeutung, falls etwa die Erbschaft (wie es nach altem Civilrecht leicht der Fall sein konnte, unten S. 390 a. E.) ohne Erben blieb. Dann waren es etwa die nächsten Verwandten des Verstorbenen, welche unter der Form der usucapio pro herede die Nachlafssachen erwarben und thatsächlich Erben wurden. Es war eine Art des Erbschaftserwerbes, welche noch im Stil ursprünglicher Singularsuccession des Erben in die einzelnen Nachlafsstücke gedacht war. Um diese an sich ungeregelte Art des Erbschaftserwerbes zu regulieren, habe nun der Prätor — dahin geht diese zweite Ansicht — die bonorum possessio eingeführt: die usucapio pro herede solle demnach nur noch für denjenigen möglich gewesen sein, welcher vom Prätor die Einweisung in den Erbschaftsbesitz (bonorum possessio) erlangt habe. Diese zweite Ansicht ist noch mehr blofse Hypothese und noch weniger mit der ganzen Entwickelungsgeschichte des römischen Erbrechts im Einklang als die erste. Sie vermag insbesondere die sicher älteste Form der bonorum possessio: juris civilis adjuvandi gratia, nicht zu erklären.

Vielleicht ist eine dritte Ansicht die richtige[1]).

---

[1]) Das folgende ruht vornehmlich auf der vorzüglichen Untersuchung von Leist in Glücks Commentar zu den Pandekten, Serie der Bücher 37. 38 Bd. 1 (auch unter dem Titel: Leist, Der römische Erbrechtsbesitz in seiner ursprünglichen Gestalt, 1870). Dazu Leist, Gräco-italische Rechtsgeschichte (1884) S. 81 ff. 87 ff., wo auch auf die Analogien des griechischen Rechts (welche in der ersten Auflage dieses Buches zu einseitige Verwendung gefunden hatten) hingewiesen worden ist. Nach Leist war die bonorum possessio ursprünglich „eine magistratische Erbbesitzregulierung für die civilrecht-

Im altattischen Erbrecht finden wir den Rechtssatz, dafs nur der eheliche Sohn des Verstorbenen (der suus heres des attischen Rechts) ipso jure die Erbschaft erwirbt und daher ohne weiteres berechtigt ist, sich in der Erbschaft seines Vaters zu behaupten, bezw. den dritten Eindringling durch blofsen Privatact (die Exagoge, deductio) aus dem Besitz der Erbschaft auszuweisen: der suus heres hat ein unbestreitbares Erbrecht, und er ist ipso jure nicht blofs Erbe, sondern auch im Besitz der Erbschaft. Anders die übrigen Erben. Jeder andere Erbe mufs beim Archonten die gerichtliche Einweisung in den Erbschaftsbesitz nachsuchen [2]).

Es deutet vieles darauf hin, dafs das römische Erbrecht von ähnlichen Grundsätzen ausgegangen ist. Der berühmte Rechtssatz der zwölf Tafeln lautet:

> Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.



Hier heifst heres nur der die Persönlichkeit des Verstorbenen auch physisch fortsetzende suus heres, der agnatische Descendent, der Vertreter der Familie des Verstorbenen im engsten Sinne des Wortes [3]). Er war schon — wenn auch nur in der Idee — Eigentümer dessen, was dem Verstorbenen gehörte, und fährt fort, Eigentümer zu sein (oben S. 375); die zwölf Tafeln machen ihn

---

lichen Erbclassen", welche zugleich den Zweck hatte, eine Nacheinanderfolge der Erbenclassen (wenngleich nur in beschränktem Mafse) zu ermöglichen: ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent (l. 1 pr. D. de successorio edicto 38, 9). — Das Edict über die bonorum possessio hatte (nach Leist Bd. 1 S. 76) zu Ciceros Zeit etwa folgenden Wortlaut: SI DE HEREDITATE AMBIGITUR ET TABULAE TESTAMENTI OBSIGNATAE NON MINUS MULTIS SIGNIS QUAM E LEGE OPORTET AD ME PROFERENTUR, SECUNDUM TABULAS TESTAMENTI POTISSIMUM POSSESSIONEM DABO. — SI TABULAE TESTAMENTI NON PROFERENTUR, TUM UTI QUEMQUE POTISSIMUM HEREDEM ESSE OPORTERET, SI IS INTESTATUS MORTUUS ESSET, ITA SECUNDUM EUM POSSESSIONEM DABO. — CUM HEREDITATIS SINE TESTAMENTO AUT SINE LEGE PETETUR POSSESSIO, SI QUA MIHI JUSTA (oder: AEQUITATIS) CAUSA VIDEBITUR ESSE, POSSESSIONEM DABO.

[2]) Vgl. die äufserst lehrreiche Schrift von F. Schulin, Das griechische Testament verglichen mit dem römischen (Rectoratsprogramm, Basel 1882) S. 13. 21; Leist, Gräco-ital. Rechtsgesch. a. O.

[3]) Vgl. E. Hölder, Beiträge z. Gesch. d. röm. Erbrechts (1881) S. 21. 120.

darum auch nicht zum heres. Die hereditas des suus heres wird vielmehr von den zwölf Tafeln lediglich anerkannt und vorausgesetzt. Den Gegensatz zu diesem echten heres bildet in den zwölf Tafeln der proximus agnatus und die Gentilen. Von diesen heifst es nur: familiam habento. Sie sollen den Nachlafs haben. Ja: sie sollen den Nachlafs nur bekommen, nachdem sie ihn durch eigene Handlung erst erworben haben. Das Gesetz vermeidet es, den proximus agnatus bezw. die gens direct zum heres zu ernennen: sie sollen nicht ipso jure (unmittelbar von Gesetzes wegen) Erben sein, sondern erst auf Grund einer Antretungshandlung. Der suus heres ist nach altrömischem wie nach altattischem Recht ipso jure wie Erbe, so auch Besitzer der Erbschaft[4]): gerade dadurch stellt er sich als der echte Erbe dar. Der proximus agnatus und die gens sind ipso jure weder Erben, noch auch im Besitz der Erbschaft. Der suus heres ist Erbe ohne Besitzergreifungshandlung, der proximus agnatus aber (und ebenso die gens) wird Erbe erst durch Besitzergreifungshandlung. Dieser Satz ist mit dem andern gleichbedeutend, dafs überhaupt der heres extraneus (voluntarius), also der Agnat und die gens, ebenso wie der dritte Testamentserbe, ursprünglich nur durch cretio (S. 378. 379) Erbrecht und Erbschaft zu erwerben imstande ist. Es leidet keinen Zweifel, dafs die formlose Erbantretungshandlung nach altem Recht unwirksam war[5]), dafs es also auch für den Intestaterben und den sine cretione eingesetzten

---

[4]) Daher bedarf er der Antretungshandlung (cretio) nicht. Daher gilt ferner der Rechtssatz, dafs im Falle des Vorhandenseins eines suus heres die usucapio pro herede (welche nur an besitzfreien Nachlafssachen vor sich gehen konnte) ipso jure ausgeschlossen war, Gaj. II § 58, III § 201. Die Erbschaft eines suus heres war also nach altem Recht ipso jure nicht ohne einen Besitzer. Den gleichen Gegensatz wie das altattische und altrömische, macht das altdeutsche Recht: „das Kind in der Were“ (der suus heres des deutschen Rechts), d. h. das im Hause verbliebene Kind, ist ipso jure Besitzer, während jeder andere Erbe die solenne Besitzergreifung („Anfertigung“ = cretio) nötig hat, woraus dann auch im deutschen Recht die gerichtliche Einweisung in den Erbschaftsbesitz (bonor. poss.) sich entwickelt; vgl. Behrend, Anevang und Erbengewere (1885) S. 39.

[5]) Vgl. Voigt, Jus naturale Bd. 3 Anm. 223; Voigt, Die zwölf Tafeln Bd. 2 S. 372. — Noch bei den classischen römischen Juristen erscheint die cretio als die einzige aditio hereditatis; alles andere (also auch die ausdrück-

Testamentserben einst der cretio bedurfte[6]), und daſs die Einsetzung des Testamentserben „cum cretione" ursprünglich nicht die Bedingung der cretio (denn diese verstand sich von selbst), sondern vielmehr die Bedingung bedeutete, die cretio binnen bestimmter Frist vorzunehmen[7]). Die cretio war ursprünglich die einzige Antretungsform für den heres voluntarius. Sie war mit solennen Worten (adeo cernoque, vgl. S. 379) vor Zeugen im Domicil des Erblassers[8]) zu vollziehen, und stellte die solenne aditio hereditatis, d. h. wie das Wort selbst sagt, das solenne „Antreten" (Betreten) des Nachlaſsgrundstücks (des Bauerngutes) dar. Sie war die feierliche Besitzergreifungshandlung des heres voluntarius an der hereditas (adeo), welche mit der feierlichen Inanspruchnahme des Erbrechts (cerno) sich verband[9]).

So wird nach altrömischem wie nach altattischem Recht für den heres extraneus (für jeden heres, welcher nicht heres domesticus ist) der Erbschaftserwerb erst durch Besitzerwerb vermittelt, aber nach attischem Recht durch gerichtlichen, nach römischem

liche, aber formlose Erklärung, die Erbschaft haben zu wollen) ist bloſse pro herede gestio, vgl. z. B. Gaj. II § 167; Ulpian tit. 22 § 25 (oben S. 379).

[6]) Vgl. noch Gaj. II § 189: der testamento eingesetzte servus alienus kann, wenn er im Eigentum desselben Herrn bleibt, durch formlose aditio, wenn er aber an einen andern Herrn veräuſsert wurde, nur durch cretio (jussu novi domini) die Erbschaft seinem Herrn erwerben.

[7]) Daher definiert noch Ulpian tit. 22 § 27 (oben S. 379) die Cretionsclausel im Testament als certum dierum spatium. Wenn bloſs die cretio (ohne Frist) vorgeschrieben wäre, so wäre nach altem Recht überhaupt gar keine Bedingung im technischen Sinne gesetzt, sondern nur eine bereits gegebene Rechtsvoraussetzung (sog. condicio juris) wiederholt worden.

[8]) Voigt, Die zwölf Tafeln Bd. 2 S. 372 Anm. 12, — wie nach deutschem Recht in dem „Sterbehause", vgl. Behrend a. O.

[9]) Cerno (mit dem griechischen *κρίνειν* zusammenhängend) bedeutet wörtlich etwa „ich urteile" (decerno, constituo): nämlich daſs die Erbschaft mir gehört, oder besser: ich „erurteile" mir die Erbschaft, spreche sie mir durch mein Urteil zu. Es ist dieselbe feierliche und kategorische Art der Rechtsbehauptung, welche auch in dem sonst gebräuchlichen „ajo" (z. B. hanc rem meam esse ex jure Quiritium) zum Ausdruck kommt. Das „adeo" steht voran, weil auf Grund desselben dann das „cerno" folgt, und das „cerno" ist keine nutzlose Wiederholung des „adeo", sondern die Consequenz desselben. — Die Besitzerwerbswirkung der cretio schloſs ursprünglich wahrscheinlich den Satz in sich, daſs mit vollzogener cretio die usucapio pro herede (eines Dritten) unterbrochen wurde, vgl. Gaj. II § 55; Voigt, Die zwölf Tafeln Bd. 2 S. 378.

durch außergerichtlichen, wenngleich solennen und vor Zeugen vorgenommenen Besitzerwerb: dort durch gerichtliche Einweisung in die bonorum possessio, hier durch die cretio. Aber es waren Motive gegeben, welche den gerichtlichen Erwerb der bonorum possessio auch in das römische Recht einführen mußsten.

Der nach altrömischer Rechtsanschauung ipso jure eintretende Besitzerwerb des suus heres an der väterlichen (bezw. großsväterlichen) Erbschaft hat zur Voraussetzung, daß nach altrömischem wie nach altattischem Recht das Erbrecht des suus heres unbestreitbar ist, d. h. daß nach altrömischem wie nach altattischem Recht durch das Vorhandensein von sui heredes die testamentarische Erbfolge schlechtweg ausgeschlossen wurde (vgl. § 100 i. A.). Ist ein suus heres da, so ist es zweifellos, daß er der Erbe ist. Darum ist er von Rechts wegen ohne weiteres der Erbschaft gewaltig (im Besitz der Erbschaft). Der Fall dagegen, wo kein suus heres da ist, stellt den Fall des bestreitbaren, und daher zweifelhaften Erbrechts dar (wo de hereditate ambigitur): es kann gegen den Intestaterben (Agnaten, Gentilen) ein Testamentserbe, gegen den Testamentserben ein Intestaterbe (unter Behauptung der Ungiltigkeit des Testaments) auftreten u. s. f. Aus diesem Grunde gestattet das griechische Recht diesen Erben nur gerichtlichen Erwerb des Erbschaftsbesitzes, unter Formen, welche zugleich eine Verhandlung über den Anspruch des Erbprätendenten ermöglichen. Und aus demselben Grunde ist auch die prätorische Einweisung in die bonorum possessio zunächst für diese Fälle ausgebildet worden. Der Prätor erklärte in seinem Edict: si de hereditate ambigitur, also in den Fällen des zweifelhaften, bestreitbaren Erbrechts (wo kein suus heres da ist) werde ich demjenigen, welcher mir ein mit der gesetzlichen Zahl von Siegeln versiegeltes Testament vorlegt, den Besitz der Erbschaft geben (possessionem dabo); sonst dem nächsten Intestaterben. Dem heres extraneus (Testamentserben, agnatischen bezw. gentilicischen Intestaterben) stellt der Prätor seine Hilfe zum Zweck des Besitzerwerbes in Aussicht [10]).

---

[10]) Damit stimmt es überein, daß die Classe unde legitimi (vgl. unten S. 397 a. E.) ursprünglich den suus heres nicht mit umfaßte, sondern nur den proximus agnatus, bezw. die gens; vgl. Schirmer, Handbuch des röm. Erb-

Sie werden Erben nach Civilrecht nur durch die cretio (den solennen Privatact), nicht (wie in Athen) durch Erbittung der gerichtlichen Besitzeinweisung. Aber die prätorische Besitzeinweisung wird für sie notwendig, sobald sie Widerstand gegen die von ihnen beabsichtigte Besitzergreifung finden. Der Prätor mufs ihnen helfen, wirklich die bonorum possessio, den Erbschaftsbesitz zu erlangen. Der suus heres bedarf der prätorischen bonorum possessio nicht; er ist als Besitzer berechtigt, sich eventuell durch Gewalt selbst zu helfen. Der heres extraneus aber, welcher erst Besitzer werden soll, ist in solchem Fall verpflichtet, die gerichtliche (prätorische) Besitzeinweisung nachzusuchen. Hier liegt, wie wir annehmen dürfen, der Ursprung des ganzen Instituts, in dem Satz also, dafs der heres extraneus einem Drittbesitzer gegenüber von Gewalt ausgeschlossen und auf Erbittung der gerichtlichen Einweisung angewiesen ist.  Die älteste bonorum possessio ist eine dem civilrechtlichen heres extraneus vom Magistrat gewährte Beihilfe zur Besitzergreifung, eine bonorum possessio juris civilis adjuvandi gratia.

Aber das prätorische Edict nahm bald noch einen anderen Grundgedanken in sich auf.

Nach altem Civilrecht gab es für den heres extraneus (= voluntarius) wohl die Möglichkeit der Antretung bezw. Abtretung (S. 378), aber nicht die Möglichkeit der Ausschlagung der Erbschaft. Für den civilen Intestaterben steht diese Thatsache aufser Zweifel. Es gab keine successio graduum noch ordinum (§ 98). Auch wenn der proximus agnatus die Erbschaft ablehnte, ward die Erbschaft nach Civilrecht weder den ferneren Agnaten noch der gens eröffnet: die Erklärung des proximus agnatus, die Erbschaft nicht haben zu wollen, war rechtlich wirkungslos. Ihm blieb trotzdem deferiert. Was für den Intestaterben zweifellos, ist für den Testamentserben höchst wahrscheinlich. Der sub

---

rechts (1863) § 5 Anm. 1, § 10 Anm. 74, § 15 Anm. 14. Es wird dadurch zweifellos, dafs die bonorum possessio ursprünglich nur für den heres extraneus bestimmt war (der suus heres bedurfte derselben nicht). Als später auch dem suus heres (dessen Besitzerstellung infolge der ausgebildeten Testierfreiheit, vgl. § 99, sowie des prätorischen beneficium abstinendi unterging) bonorum possessio gegeben wurde, fielen die Worte des Edicts „si de hereditate ambigitur" fort.

cretione eingesetzte Erbe konnte noch nach classischem Recht nur durch Versäumung der (von dem Testator gesetzten) Cretionsfrist, nicht durch repudiatio die ihm eröffnete Delation aufheben[11]; die cretio war aber, wie bemerkt, für das alte Recht die allgemein vorgeschriebene Erbantretungsform. Wie die Rechtswirkung der formlosen Erbantretungshandlung, so ist auch die Rechtswirkung der (nur formlos auftretenden und schon dadurch auf das spätere Recht weisenden) repudiatio erst jüngeren Ursprungs[12]. Als Grund für diese Erscheinung mögen wir uns die Thatsache denken, daſs das alte Recht sich für den Erben, welcher erst durch Besitzergreifung Erbe werden sollte, keine Form zu denken vermochte, durch welche er sich eines noch garnicht erworbenen Erbschaftsbesitzes hätte entäuſsern können, daſs also ein Gegenstück zur cretio undenkbar schien. Wird das Erbrecht durch bloſse Willenserklärung nicht erworben, so kann es auch durch bloſse Willenserklärung nicht verloren gehen. Auch das alte Erbrecht ist eng, förmlich, durch das Gesetz des contrarius actus (S. 306) beherrscht.

Wir müssen hinzunehmen, daſs auch eine Cretions*frist* dem alten Recht unbekannt war. Lag also ein Testament vor (ohne Einsetzung „cum cretione", S. 387), der Testamentserbe aber vollzog die cretio nicht, so kam nicht etwa der Intestaterbe zum Zuge, sondern die Erbschaft blieb in der Schwebe. Ebenso, wenn der proximus agnatus die cretio nicht vollzog.

Eine Correctur dieses praktisch sehr unvollkommenen civilen Erbrechts schloſs, wie schon bemerkt, die usucapio pro herede in sich. Sie war nur an der noch nicht in Besitz genommenen Erbschaft möglich, und schloſs einerseits einen Antrieb für den berufenen Erben in sich, die cretio nicht zu lange hinauszuschieben, wie sie andererseits für den Fall versäumter cretio den nachstehenden Verwandten die Möglichkeit des Erbschaftserwerbs gewährte. Aber es lag auf der Hand, daſs diese Correctur dem Zufall anheim gegeben war.

---

[11]) Gaj. II § 168, oben S. 379.

[12]) Das alte Recht kennt nur ein praetermittere, kein (rechtswirksames) repudiare hereditatem, d. h. nur ein Nichtantreten, nicht ein Ausschlagen der Erbschaft; vgl. *Voigt*, Die zwölf Tafeln Bd. 2 S. 373.

Der Prätor war es, welcher hier durch das Mittel der bonorum possessio die Rolle des Gesetzgebers spielte. Er stellte den Grundsatz auf: wenn der (etwa berufene) Testamentserbe mir das Testament nicht vorlegt (um den Erbschaftsbesitz zu erbitten), so werde ich die bonorum possessio dem erteilen, welcher ohne das Testament von Rechts wegen der nächste Intestaterbe wäre [13]). Damit ward dann die Ansetzung von bestimmten Fristen für die Erbittung der bonorum possessio verbunden (regelmäfsig 100 Tage). Ein weittragendes Princip war damit sanctioniert worden: das Princip der Nacheinanderfolge der Erbschaftsclassen. Eine Ausschlagung gab es auch hier nicht. Aber nach Ablauf der vom Prätor für die Erbittung der bonorum possessio gesetzten Frist ging das Recht, die bonorum possessio zu verlangen, auf einen andern über, welcher nach Civilrecht n i c h t zur Erbschaft berufen war. Das Erbrecht vermochte der Prätor nicht zu geben, aber er gab ihm den B e s i t z der Erbschaft (bonorum possessio). Die magistratliche Gewährung des Erbschaftsbesitzes im Fall „bestreitbarer“ Erbschaft (si de hereditate ambigitur) ward zu einem Mittel, das civile Erbrecht fortzubilden. Die Meinung war nicht zunächst, dafs der vom Prätor in den Besitz eingesetzte Erbe darum auf alle Fälle die Erbschaft behalten sollte. Vollzog der Testamentserbe nachträglich die cretio, so ward er heres und konnte auch gegen den in die bonorum possessio eingesetzten Intestaterben mit Erfolg die hereditatis petitio anstellen. Aber die Meinung war, für den Fall, dafs nach Civilrecht die Erbschaft frei blieb, die Zufälligkeiten der usucapio pro herede auszuschliefsen, und nach festen Grundsätzen einen Erben zunächst thatsächlich zu schaffen, welcher dann, sobald er den Besitz der Erbschaftssachen auch wirklich erlangt hatte, durch das Mittel der usucapio pro herede nach Ablauf eines Jahres auch civilrechtlich Erbe ward. Es handelte sich um eine E r g ä n z u n g der Lücken des Civilrechts, um eine bonorum possessio juris civilis s u p p l e n d i g r a t i a, und zwar zunächst nur zu Gunsten des c i v i l e n Intestaterben gegenüber einem säumigen Testamentserben. Aber schon zu Ciceros Zeit hatte das Edict über die bonorum possessio eine allgemeine Clausel, kraft welcher der Prätor sich vorbehielt,

[13]) Vgl. das Edict oben Anm. 1, im zweiten Satz.

eventuell auch sine testamento und sine lege nach seinem freien Ermessen bonorum possessio zu erteilen. Daraus ist dann alles andere hervorgegangen.

Das Civilrecht entwickelte sich. Es ward auch die formlose Erbantretung giltig. Es gab ferner wenigstens für den sine cretione eingesetzten Testamentserben eine giltige Ausschlagung der Erbschaft. Der Satz, dafs der suus heres ipso jure auch Besitzer der Erbschaft sei, ging dem Rechtsbewufstsein verloren, da die Enterbung des suus heres als giltig anerkannt wurde (§ 100). Auch die Auffassung, dafs durch aditio (cretio) hereditatis der Besitz des Nachlasses erworben werde, verschwand. Aber die aus den Motiven des alten Civilrechts entsprungene bonorum possessio behauptete sich nicht blofs, sondern war imstande, das Civilrecht weit zu überflügeln. Das prätorische Edict entwickelte dem Civilrecht gegenüber ein ganzes, selbständiges Erbfolgesystem, und unternahm es, dasselbe unter Umständen auch durch bonorum possessio juris civilis corrigendi gratia in Widerspruch mit dem Civilrecht aufrecht zu erhalten. Die Kraft des prätorischen Edicts lag darin, dafs es auch an dieser Stelle den Ideen der neuen Zeit (des jus gentium, insbesondere der cognatischen Erbfolge) dem Civilrecht gegenüber Bahn schaffte. Aus der Zuteilung des Erbbesitzes, welche ursprünglich dem civilen Erben die Besitzergreifung der Erbschaft erleichtern sollte, ging ein Erbfolgesystem hervor, welches die volle Reform des Civilrechts in sich schlofs.

So gab es also im classischen Recht, wie schon eingangs bemerkt, zweierlei Erbrecht, eines nach Civilrecht (hereditas), ein anderes nach prätorischem Recht (bonorum possessio).

Das prätorische Erbrecht kann immer nur durch gerichtliche Handlung (Erbittung, sog. „Agnition", beim Prätor) erworben werden. Es giebt hier keine pro herede gestio, noch eine Ausschlagung. Der Verlust der kraft prätorischen Edicts deferierten bonorum possessio ist immer nur infolge Versäumung der Agnitionsfrist möglich. Ascendenten und Descendenten haben eine Agnitionsfrist von einem annus utilis; alle übrigen eine Agnitionsfrist von centum dies utiles (quibus scierit poteritque)[14]. Da der

[14]) Mit der prätorischen Frist von hundert Tagen für den Erbschaftserwerb scheinen auch die dies centum zusammenzuhängen, welche der caelebs

Prätor für die normalen Fälle die Grundsätze, nach welchen er bonorum possessio erteilt, in seinem Edict publiciert hat (sog. bonorum possessio edictalis), so gestattet er später, dafs in solchen Fällen er nicht blofs in feierlicher Gerichtssitzung (pro tribunali), sondern überall (de plano) um Erteilung der bonorum possessio gebeten werden kann: thatsächlich wird dadurch also für die bonorum possessio edictalis die Aufsergerichtlichkeit eingeführt, und nur die Notwendigkeit, an den Prätor sich zu wenden, blieb zurück. Die Form der Gerichtssitzung blieb jedoch gewahrt, wenn der Prätor in aufseredictmäfsigen Fällen durch besonderes decretum (bonorum possessio decretalis) jemandem bonorum possessio gab.

Die Wirkung erteilter bonorum possessio was das interdictum quorum bonorum, ein interdictum adipiscendae possessionis, durch welches der bonorum possessor sich den Besitz der Nachlafssachen verschaffte. Später ward ihm eine hereditatis petitio possessoria gegeben, mit gleicher Wirkung wie die hereditatis petitio des Civilerben (unten § 101). Aus den einzelnen Rechten, welche zur Erbschaft gehören, klagt der bonorum possessor mit actio ficticia (ficto se herede), und wird ebenso gegen ihn den Erbschaftsgläubigern actio ficticia gegeben.

Die Unterscheidung der Arten der bonorum possessio, je nachdem sie juris civilis adjuvandi oder corrigendi oder supplendi gratia gegeben wurde, war von erheblicher praktischer Bedeutung. Die bonorum possessio juris civilis supplendi gratia ist nur eine provisorische Zuerkennung des Erbrechts, für den Fall nämlich, dafs kein Civilerbe da ist, oder der Civilerbe sein Erbrecht nicht geltend macht. Tritt der Civilerbe nachträglich auf mit seiner Erbschaftsklage, so mufs ihm der bonorum possessor, welcher nur in Ermangelung von Civilerben (juris civilis supplendi gratia) vom Prätor eingesetzt ist, weichen: seine bonorum possessio wird eine b. p. sine re. Dagegen ist

hat, um sich zu verheiraten und dadurch zum Erwerb der Erbschaft fähig zu machen: Ulp. tit. 17 § 1, oben S. 346. — Ebenso ward im Testament häufig eine der prätorischen Frist entsprechende Cretionsfrist gesetzt: Ulp. tit. 22 § 27, oben S. 379.

die b. p. juris civilis adjuvandi gratia, und ebenso die juris civilis corrigendi causa gegebene bonorum possessio immer cum re: die erstere, weil sie mit dem Civilrecht übereinstimmt, die andere, weil sie vom Prätor in Widerspruch mit dem Civilrecht aufrecht erhalten wird. So ist also die suppletorische bonorum possessio nur provisorische, die adjutorische und correctorische bonorum possessio aber definitive Zuerteilung des prätorischen Erbrechts. Unter welchen Gesichtspunkt die einzelnen Fälle der bonorum possessio gehören, wird unten im einzelnen angegeben werden.

Die Delationsgründe der bonorum possessio sind die gleichen wie die der hereditas. Es giebt eine b. p. ab intestato (kraft der Bestimmung im prätorischen Edict als solcher), eine b. p. secundum tabulas (kraft Testaments), und eine b. p. contra tabulas (in Widerspruch mit dem Testament). Auf dem gesamten Gebiet der Erbfolge ist der Prätor mit seinem Edict als Concurrent des Civilrechts aufgetreten, um gemäfs dem sich ändernden Rechtsbewufstsein das altüberlieferte Civilrecht in seiner praktischen Anwendung mit den Anforderungen der Gegenwart von damals in Übereinstimmung zu bringen.

pr. I. de bon. poss. (3, 9): Jus bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo praetor emendavit, . . . sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint.

§ 1 eod.: Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes et adgnatos ad bonorum possessionem vocat; sed et, remota quoque bonorum possessione, ad eos hereditas pertinet jure civili.

§ 2 eod.: Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt. Nam praetor heredem facere non potest; per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales. Sed, cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur, et vocantur bonorum possessores.

L. 2 D. de bon. poss. (37, 1) (ULPIAN.): In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur.

GAJ. Inst. IV § 34: Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, veluti cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit; cum enim praetorio jure, non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere SUUM ESSE, neque id, quod ei debebatur, potest intendere DARI SIBI OPORTERE: itaque ficto se herede intendit, velut hoc modo: JUDEX ESTO. SI AULUS AGERIUS (id est ipse actor) LUCIO TITIO HERES ESSET, TUM SI EUM FUNDUM, DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSE OPORTERET; et si debeatur pecunia, praeposita simili fictione heredis ita subjicitur: TUM SI PARERET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE.

§ 98.

Die Intestaterbfolge.

I. Das altcivile Recht, wie es in den zwölf Tafeln formuliert wurde, beruft ab intestato zu Erbschaft:

1) die sui heredes (oben S. 375);

2) den proximus agnatus: d. h. in Ermangelung von sui heredes wird der nächste agnatische Seitenverwandte zur Erbfolge berufen[1]);

3) die gentiles: d. h. in Ermangelung agnatischer Seitenverwandtschaft kommen die Gentilen (die Geschlechtsvettern, oben S. 323 a. E.) zum Zuge.

In der zweiten Classe wird nur der proximus agnatus berufen (mehrere gleich nahe Agnaten neben einander). Es giebt nach altem Civilrecht keine Ausschlagung der Erbschaft (S. 389), und darum keine successio graduum, keine Reihenfolge der Delationen innerhalb derselben Classe. Der gleiche Satz gilt von dem Verhältnis der verschiedenen Classen zu einander. Es

---

[1]) Über das Wesen der Agnation oben S. 321. — Nach der Auslegung, welche man der (das Frauenerbrecht beschränkenden) Lex Voconia (169 v. Chr.) gab, wurden später von den weiblichen Agnaten nur die consanguineae, die agnatischen Schwestern, in der zweiten Classe zur Intestaterbfolge berufen.

giebt, wie keine successio graduum, so auch keine successio ordinum, keine Reihenfolge der Delationen an die verschiedenen Classen nach einander. Sind Agnaten da, so kann den Gentilen nicht deferiert werden, auch wenn die Agnaten von ihrer Delation keinen Gebrauch machen. Weil es keine Ausschlagung giebt, beruft der Wortlaut der zwölf Tafeln den Agnaten nur, wenn keine sui, die Gentilen nur, wenn keine Agnaten da sind. Es giebt nach Civilrecht nur eine einzige Delation der Intestaterbschaft. Bleibt diese erfolglos, so empfängt die Erbschaft vielleicht einen Erben durch usucapio pro herede (oben S. 390), oder es tritt kraft prätorischer bonorum possessio ein prätorischer Erbe ein; sonst (wenn auch bonorum possessio nicht erbeten wird) weist der Prätor die Gläubiger in die herrenlose Erbschaft, um die Güter zum Zweck ihrer Befriedigung an einen bonorum emtor (oben S. 188) zu verkaufen.

Der emancipatus kann sui haben; Agnaten kann er nicht haben. An Stelle der Agnaten steht bei ihm, wie bei dem freigelassenen Sklaven, sein manumissor (oben S. 355) und dessen agnatische Descendenz (die sui des manumissor).

XII tab. V 4. 5: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.

Gaj. Inst. III § 11: Non tamen omnibus simul agnatis dat lex XII tabularum hereditatem, sed his, qui tum, cum certum est, aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt. § 12: Nec in eo jure successio est: ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit, vel antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil juris ex lege competit.

II. Das prätorische Edict teilt die Verwandtschaft für die Intestaterbfolge in vier Classen, welche nach einander berufen werden. Es giebt:

1) die bonorum possessio unde liberi. Zu den liberi des prätorischen Edicts gehören die sui heredes des Civilrechts und die emancipati, aber nur diejenigen emancipati, welche leibliche Descendenten des Verstorbenen sind. Insoweit hat der Prätor das Agnationsprincip des Civilrechts für die erste Classe der Intestaterben aufgegeben und ist zum Cognationsprincip übergegangen. Aber nicht vollständig. Nur die emancipierten

leiblichen Descendenten werden vom Prätor neben den sui in der Classe unde liberi berufen, nicht die in Adoption gegebenen (so lange das Adoptionsverhältnis nicht durch emancipatio aufgehoben ist; im letzteren Fall tritt das Kind in die Classe der liberi seines leiblichen Vaters ein, als wenn es von diesem emancipiert wäre). Die bonorum possessio unde liberi ist, soweit sie den sui zugute kommt, eine b. p. juris civilis adjuvandi; soweit sie den emancipati zuteil wird, eine b. p. juris civilis corrigendi gratia. Die Folge der Correctur, welche der Prätor zu Gunsten der emancipati hat eintreten lassen, ist aber, dafs der emancipatus unter Umständen neben seinen eigenen Kindern zur Erbschaft seines Vaters berufen wird — dann nämlich, wenn seine (vor der Emancipation erzeugten) Kinder in der Gewalt ihres Grofsvaters zurückgeblieben waren. Die Kinder des emancipatus zählten dann zu den sui ihres Grofsvaters, der emancipatus neben ihnen zu den liberi des prätorischen Rechts. Daher die Bestimmung des prätorischen Edicts (des sog. edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus)[2], dafs die Erbportion, welche dem emancipatus zugefallen sein würde, falls er nicht emancipiert worden wäre, in solchem Fall zur Hälfte auf ihn, zur andern Hälfte auf seine Kinder fallen solle. So wird die Ungleichheit ausgeglichen, welche sonst den Geschwistern gegenüber entstanden wäre, wenn der emancipatus und seine Kinder je zu einer vollen Erbportion berufen worden wären. Die andere Ungleichheit, dafs die sui (wegen ihrer Erwerbsunfähigkeit, oben S. 110) lediglich auf ihren Erbteil beschränkt waren, der emancipatus aber aufser dem Erbtheil auch das inzwischen von ihm erworbene Vermögen hatte, beseitigte der Prätor dadurch, dafs er den emancipatus zur collatio bonorum nötigte, d. h. ihn verpflichtete, sein inzwischen erworbenes Vermögen, soweit es ohne die Emancipation dem Vater zugefallen wäre (also mit Ausschlufs des castrensischen und quasicastrensischen Erwerbes), in die Erbschaft einzuwerfen.

2) Die bonorum possessio unde legitimi. Sind keine

[2]) Dies Edict ward durch Salvius Julianus bei der definitiven Redaction des Edicts unter Hadrian (oben S. 52) hinzugefügt. Daher heifst es auch: nova clausula Juliani de conjungendis etc.

liberi da, oder haben diese ihre Agnitionsfrist von einem annus utilis versäumt, so gelangen die legitimi, d. h. die Intestaterben des Civilrechts, zur bonorum possessio. Also zunächst (nach classischem Recht) wiederum die sui (aber ohne die emancipati), welche also als solche noch einen zweiten annus utilis für Erbittung der b. p. haben. In Ermangelung von sui der proximus agnatus. In Ermangelung auch von Agnaten in der älteren Zeit die Gentilen, so lange der Gentilenverband empfunden wurde. Es braucht nicht gesagt zu werden, daſs diese b. p. unde legitimi eine b. p. juris civilis adjuvandi gratia ist.

3) Die bonorum possessio unde cognati. Hat auch die zweite Classe die Agnition der b. p. versäumt, oder ist niemand da, welcher zur zweiten Classe gehörte, so werden in dritter Reihe vom Prätor die Cognaten bis zum sechsten Grade einschlieſslich, und vom siebenten Grade der sobrino sobrinave natus berufen. Sobrini sind sich gegenseitig die Kinder von consobrini (von Geschwisterkindern). Der sobrinus des Erblassers ist mit ihm im sechsten Grad verwandt. Das Kind des sobrinus (sobrino natus), im siebenten Grade stehend, soll den Erblasser nach prätorischem Recht beerben, obgleich umgekehrt der sobrino natus von dem Erblasser nicht würde beerbt worden sein. Unter den Cognaten entscheidet die Gradesnähe. Hier kommen also an erster Stelle wiederum die Descendenten des Erblassers, diese also zum drittenmal, aber alle leiblichen Kinder, mögen sie emancipiert oder in Adoption gegeben, und mögen sie noch der Adoptivfamilie angehörig sein oder nicht. Hier giebt es keinen emancipatus und keinen suus, keinen capite minutus und kein Hauskind; es entscheidet lediglich das natürliche Verhältnis. Weder erbt die uxor in manu (welche sowohl zu den liberi der ersten Classe wie zu den sui des Civilrechts gehört) hier neben ihren Kndern, noch erben neben dem emancipatus seine in der Gewalt zurückgebliebenen Kinder (die Enkel des Erblassers). Vielmehr werden an erster Stelle, wie alle Descendenten, so nur die Descendenten, und zwar so berufen, daſs schlechtweg die Descendenten von Descendenten durch ihren noch lebenden parens ausgeschlossen werden[3]). In dieser Classe hat dann end-

---

[3]) Hier findet also die clausula Juliani de conjungendis cum emancipato

lich auch (aber erst nach den Kindern) die Mutter neben dem Vater als solche ein Erbrecht, ohne Rücksicht darauf, ob sie in der manus ihres Mannes war oder nicht; ebenso die Kinder als solche gegen ihre Mutter. Dann folgt die cognatische Seitenverwandtschaft bis zum sechsten, bezw. siebenten Grad, ohne Rücksicht auf das Geschlecht[4]) und ohne Rücksicht auf capitis deminutio.

4) Die bonorum possessio unde vir et uxor. An letzter Stelle endlich, wenn überall keine erbberechtigten Verwandten da sind, oder dieselben von der b. p. keinen Gebrauch machen, wird die b. p. dem überlebenden Ehegatten als solchem gegeben (also ohne Rücksicht auf die manus).

Sowohl die b. p. unde cognati, wie die b. p. unde vir et uxor wird nur juris civilis supplendi gratia gegeben, ist also, sobald civile Erben da sind, welche nur versäumt haben, die b. p. zu erbitten, von lediglich provisorischer Natur.

Nach prätorischem Recht gilt, wie schon bemerkt ist, die successio ordinum. Macht von der nächstberufenen Classe binnen der gesetzten Zeit niemand von der b. p. Gebrauch, so kann die b. p. von der nächstfolgenden Classe erbeten werden. Ebenso gilt innerhalb der dritten Classe successio graduum: versäumen die nächstberufenen Cognaten die b. p., so kann sie von den ferneren Cognaten erbeten werden. Diese successio ordinum et graduum (sog. edictum successorium) bedeutet, daſs die Erbschaft nach prätorischem Recht grundsätzlich nicht ohne Erben bleiben soll.

III. Das Justinianische Recht. Bereits das prätorische Edict hatte der Cognation neben der Agnation eine Bedeutung für das Intestaterbrecht gegeben. Durch die kaiserliche Gesetzgebung ist, langsam voranschreitend, das Cognationsprincip immer maſsgebender entfaltet worden. Das senatusconsultum Tertullianum (unter Hadrian) gab der Mutter als solcher, falls sie (als ingenua) das jus trium liberorum, oder (als libertina) das jus quatuor liberorum hatte[5]), ein civiles Intestaterbrecht

---

liberis ejus keine Anwendung; die in der Gewalt zurückgebliebenen Kinder sind durch ihren Vater, den emancipatus, vielmehr ausgeschlossen.

[4]) Vgl. oben Anm. 1.

[5]) Vgl. oben S. 346.

(legitima hereditas) neben der agnatischen Schwester (nicht aber neben dem agnatischen Bruder) des Verstorbenen, hinter den liberi und dem Vater (bezw. dem parens manumissor), aber vor den ferneren Agnaten. Umgekehrt gab das sc. Orphitianum (unter Marc Aurel 178 n. Chr.) den Kindern als solchen das nächste Intestaterbrecht gegen ihre Mutter. Später ward, durch Valentinian II. und Theodosius, ihnen auch ein (den ferneren Agnaten vorgehendes) Intestaterbrecht gegen ihre mütterlichen Ascendenten gegeben. Das Verwandtschaftsverhältnis zwischen der Mutter und ihren Kindern (als solchen), welches für das alte Civilrecht gar nicht existierte (oben S. 321), war durch diese beiden Senatusconsulte für das Intestaterbrecht civilrechtlich anerkannt worden: die Erbfolge unter Ascendenten und Descendenten hatte eine Reform im Sinne des Cognationsprincips erfahren. Eine gleiche Reform bahnte für das Geschwistererbrecht Kaiser Anastasius an, welcher (498 n. Chr.) den emancipierten (also blofs cognatischen) Geschwistern ein Erbrecht neben den agnatischen Geschwistern, jedoch nur auf die Hälfte des einem agnatischen Geschwisterteil zufallenden Erbteils, gab. Justinian setzte cognatische Geschwister nebst ihren Kindern den agnatischen gleich, und gewährte vollbürtigen Geschwistern als solchen den Vorzug vor halbbürtigen agnatischen Geschwistern (das letztere durch Nov. 84).

Die endgiltige Reform des Intestaterbrechts ward noch nicht durch das Corpus juris — welches vielmehr das durch Kaisergesetzgebung modificierte agnatische Intestaterbrecht des Civilrechts einerseits, das System der prätorischen bonorum possessio ab intestato andererseits ganz in alter Weise neben einander aufweist —, sondern erst durch die Novelle 118 (an welche sich die Nov. 127 ergänzend anschliefst) vollzogen.

Die Novelle 118 kennt nur noch ein einziges System der Verwandtenerbfolge: das durch sie selber gesetzte Erbfolgesystem. Der Gegensatz von jus civile und jus honorarium ist aufgehoben. Der Sieg aber ist dem zuerst von dem jus honorarium vertretenen Cognationsprincip zugefallen. Nach der Novelle 118 entscheidet für die Verwandtenerbfolge grundsätzlich die Nähe der natürlichen Blutsverwandtschaft, d. h. die Nähe der Cognation. Die

Verwandten werden durch die Novelle 118 für die Intestaterbfolge in vier Classen eingeteilt:

1) Die erste Classe bilden die Descendenten des Erblassers als solche, mag es sich um die Erbschaft des Vaters oder der Mutter handeln: es gilt cognatische Descendentenfolge[6]). Dem leiblichen Kinde steht jedoch das Adoptivkind gleich (oben S. 349), so dafs also das Adoptivkind sowohl Erbrecht gegenüber seinem leiblichen Vater (als wirklicher, cognatischer Descendent), wie seinem Adoptivvater gegenüber hat[7]). Es gilt unter Descendenten ersten Grades gleiche Erbteilung (sog. successio in capita). Descendenten von Descendenten werden durch ihren noch lebenden parens ausgeschlossen, treten aber, falls ihr parens bereits vorverstorben ist, in die Stelle desselben ein (sog. Repräsentationsrecht) und erben zusammen den Teil, welcher ihrem parens zugekommen sein würde (sog. successio in stirpes).

2) Die zweite Classe bilden die Ascendenten, die vollbürtigen Geschwister und die Kinder von vorverstorbenen vollbürtigen Geschwistern, lediglich nach Mafsgabe der Cognation, ohne Rücksicht auf Agnation. Von den Ascendenten erben immer nur die nächsten: es gilt kein Eintrittsrechts der überlebenden Ascendenten eines vorverstorbenen parens: die beiderseitigen Grofseltern kommen also nur dann zur Erbschaft, wenn beide Elternteile bereits vorverstorben sind. In solchem Fall wird unter die Grofseltern[8]), falls weder Geschwister noch Geschwisterkinder mit ihnen erben, in lineas geteilt: die eine Hälfte der Erbschaft fällt auf die Ascendenten väterlicher, die andere Hälfte auf die Ascendenten mütterlicher Seite, so dafs also z. B. der Grofsvater väterlicherseits, welcher allein überlebt, die eine ganze Hälfte der Erbschaft, die beiden

---

[6]) Wie dieselbe oben S. 398 bereits für die prätorische Classe unde cognati entwickelt ist. Vgl. S. 322.

[7]) In dieser Berücksichtigung des Adoptivkindes in der Adoptivfamilie liegt der letzte Rest des alten Agnationsprincips. Es liegt die Idee zu Grunde, dafs Agnation die Rechte der Cognation in sich schliefst, vgl. S. 322.

[8]) Beziehungsweise, wenn auch alle Grofseltern vorverstorben sind, aber noch höhere Ascendenten überleben, unter diese.

Großeltern mütterlicherseits (falls hier noch beide Großelternteile überleben) zusammen nur die andere Hälfte der Erbschaft empfangen.

Überleben aber neben den Ascendenten auch vollbürtige Geschwister und Kinder von vorverstorbenen vollbürtigen Geschwistern den Erblasser, so werden diese Geschwister, bezw. deren Kinder[9]), neben den Ascendenten berufen. Ascendenten und Geschwister erben dann in capita (hier also wird unter den Ascendenten die väterliche und die mütterliche Linie nicht unterschieden): auf jeden fällt ein gleicher Erbteil. Kinder von vorverstorbenen vollbürtigen Geschwistern treten in die Stelle ihres vorverstorbenen parens (Repräsentationsrecht) und empfangen zusammen den Teil, welcher diesem zugekommen wäre (successio in stirpes).

3) Die dritte Classe bilden halbbürtige Geschwister und Kinder von vorverstorbenen halbbürtigen Geschwistern, ohne Unterscheidung von consanguinei und uterini (oben S. 323), also auf Grund cognatischer halbbürtiger Geschwisterschaft. Es gilt unter den halbbürtigen Geschwistern gleiche Erbteilung (successio in capita). Die Kinder vorverstorbener halbbürtiger Geschwister treten in die Stelle ihres parens ein (Repräsentationsrecht) und erben zusammen den Teil, welcher ihrem parens zugekommen wäre (successio in stirpes).

4) Die vierte Classe bilden alle übrigen Seitenverwandten, welche nach der Nähe des Grades berufen werden. Die prätorische Beschränkung der Erbfähigkeit auf den sechsten bezw. siebenten Grad der Seitenverwandtschaft (oben S. 398) ist jedoch aufgehoben worden. Soweit die Seitenverwandtschaft überhaupt nachweisbar ist, kann sie, falls nur keine näheren Verwandten auftreten, geltend gemacht werden. Dabei gilt jedoch weder Repräsentationsrecht — der nähere Grad schließt vielmehr schlechtweg den ferneren aus —, noch successio in stirpes: unter mehrere gleich nahe Seitenverwandte wird immer zu gleichen Teilen (in capita) geteilt.

---

[9]) Die letzteren nach Nov. 118 nur neben Geschwistern, nicht auch neben Ascendenten, nach Nov. 127 auch neben Ascendenten.

Es gilt im Verhältnis der einzelnen Classen successio ordinum: wird von der erstberufenen Classe niemand Erbe, sei es infolge Todes (vor dem Erbschaftsantritt), oder Ausschlagung, so wird der nächstberufenen Classe deferiert. Es gilt ferner in den einzelnen Classen successio graduum: wird von dem nächstberufenen Grade niemand Erbe, so wird dem nächstfolgenden Grade deferiert.

Durch die Nov. 118 (und Nov. 127)* ist nur die Verwandtenerbfolge reformiert worden. Für die Erbfolge der Ehegatten blieb es bei der prätorischen bonorum possessio unde vir et uxor, so dafs also auch nach Justinianischem Recht der Ehegatte erst dann zur Erbschaft berufen wird, wenn niemand von der Verwandtschaft Erbe wird. Auch durch den entferntesten Seitenverwandten wird der Ehegatte ausgeschlossen. Nur die dürftige (und undotierte) Witwe hat nach Justinianischem Recht neben den Verwandten ihres Mannes einen Anspruch auf den vierten Teil von dem Nachlafs des (wohlhabenden) Ehemanns, neben mehr als drei Kindern aber nur auf eine Virilportion (also mit den Kindern zu gleichem Teil), und zwar so, dafs sie, soweit sie ihre eigenen Kinder beschränkt, nur Niefsbrauch, nicht Eigentum, an ihrer Portion erwirbt — ein Recht, welches der dürftigen Witwe auch durch Testament ihres Mannes nicht entzogen werden kann.

Die bonorum possessio unde vir et uxor ist zugleich der letzte Rest des einstigen prätorischen Intestaterbrechts, welches in das Justinianische Recht hineinragt; im übrigen ist der Dualismus von hereditas und bonorum possessio für die Intestaterbfolge nicht mehr da. Er ist durch eine Entwickelung, welche das vom Prätor vertretene natürliche Erbfolgesystem des jus gentium zum Siege führte, innerlich überwunden worden.

Starb ein Hauskind, welches noch in der väterlichen Gewalt war, so wurde nach dem Recht vor der Novelle 118 das ganze Vermögen des Hauskindes (auch sein peculium castrense und quasi castrense) von seinem Vater jure peculii eingezogen, als ob es immer Eigentum des Vaters gewesen wäre (oben S. 353). Nach der Novelle 118 wird das Hauskind aber ebenso beerbt wie ein paterfamilias, also zunächst von seinen eigenen Kindern. Nur dafs das Erbteil dieser Kinder des Hauskindes unter den Gesichts-

punkt der bona adventicia fällt, so daſs also dem Groſsvater, als dem Inhaber der patria potestas auch über die Enkel, daran Nieſsbrauchs- und Verwaltungsrecht zufällt (oben S. 353). Auch in dieser Hinsicht stellt die Novelle 118 den Abschluſs einer Jahrhunderte langen Entwickelung dar. Gleichzeitig ward das Cognationsprincip für das Intestaterbrecht, und mit der Beerbungsfähigkeit die volle Vermögensfähigkeit des Hauskindes durchgesetzt: dort wie hier war es die patria potestas, deren civilrechtliche Wirkungen vor den Anschauungen einer anderen Zeit verschwanden.

Nov. 118 pr.: Quia igitur omnis generis ab intestato successio tribus cognoscitur gradibus, hoc est ascendentium et descendentium et ex latere, quae in agnatos cognatosque dividitur, primam esse disponimus descendentium.

c. 1: Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur, cujuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere, sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis, sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. —

c. 2: Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem, aut mater, aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos praeponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente conjunctis defuncto . . . Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi jubemus, qui proximi gradu repe늘riuntur, masculos et feminas, sive paterni, sive materni sint. —

c. 3 pr.: Si igitur defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, sive per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis, et quanticunque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset. —

c. 3 § 1: Si vero neque fratres, neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem

vocamus, secundum uniuscujusque gradus praerogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis praeponantur.

c. 4: Nullam vero volumus esse differentiam in quacunque successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi, sive per feminae personam defuncto jungebantur; sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus.

L. un. C. unde vir et uxor (6, 18) (Theodos.): Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant, quotiens deficit omnis parentum, liberorum seu propinquorum legitima vel naturalis successio, fisco excluso.

§ 99.

Die testamentarische Erbfolge.

Das Testament ist in seiner schliefslich vom römischen Recht ausgebildeten Gestalt das einseitige letztwillige Rechtsgeschäft der Erbeseinsetzung. Es ist einseitig (vgl. oben S. 120), denn es kommt allein durch den Willen des Testators zustande; eine etwaige Annahmeerklärung seitens des eingesetzten Erben ist weder notwendig noch erheblich. Es ist letztwillig, denn es ist widerruflich, so lange der Testator lebt. Jedes zweite Testament ist notwendig die Aufhebung des früheren; niemand kann aus zwei Testamenten beerbt werden: rechtsgiltig ist immer allein das letzte Testament. Aus diesem letzten Testament wird den eingesetzten Erben notwendig die ganze Erbschaft deferiert, denn: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (oben S. 374). Nur der Soldat hat nach römischem Recht das Vorrecht, über einen Teil seiner Erbschaft testieren zu können[1]). Der wesentliche Inhalt des Testaments ist die Erbeseinsetzung. Fehlt die Erbeseinsetzung oder wird die Erbeseinsetzung durch Tod oder Ausschlagung der Erben oder sonst entkräftet, so ist das ganze Testament ungiltig.

---

[1]) Daher heifst es vollständig: Nemo ex paganis pro parte testatus u. s. w. Paganus ist der Civilist im Gegensatz zum miles.

Ohne giltige Erbeseinsetzung kein giltiges Testament. Aber das Testament kann aufser der Erbeseinsetzung noch andere letztwillige Verfügungen enthalten: Freilassungen (oben S. 101), Vermächtnisse, Vormundschaftsernennungen, deren Giltigkeit dann von der Giltigkeit der Erbeseinsetzung abhängig ist.

Testamenti factio activa, d. h. die Fähigkeit, ein römisches Testament zu errichten, hat nur der vollkommen handlungsfähige civis Romanus paterfamilias. Der filiusfamilias kann nur über seine bona castrensia und quasi castrensia testieren; in Bezug auf diese Güter ist er paterfamilias. Der impubes, der furiosus, der prodigus ist wegen Handlungsunfähigkeit vom Testieren ausgeschlossen. Der pubes minor kann testieren, weil er vollkommen handlungsfähig ist (oben S. 128). Die Beschränkung der Frau (welche sui juris war), dafs sie nur unter auctoritas ihres Geschlechtsvormundes testieren könne, fiel mit der tutela mulierum hinweg.

Dagegen ist die testamenti factio passiva, d. h. die Fähigkeit, in einem Testament mit Erbeseinsetzung oder Vermächtnis bedacht zu werden, in der Vermögensfähigkeit nach jus civile (jus commercii), also für das Justinianische Recht, welches den Gegensatz von jus civile und jus gentium nicht mehr kennt, schlechtweg in der gemeinen Vermögensfähigkeit, d. h. in der Persönlichkeit als solcher (oben S. 95) enthalten. Nur mufs der eingesetzte Erbe im Moment des Todes des Erblassers mindestens als nasciturus existiert haben (vgl. oben S. 95 a. E.). Auch die juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Staat, Kirche, Gemeinden) haben nach Justinianischem Recht t. f. passiva; anderen juristischen Personen mufs sie durch kaiserliches Privileg verliehen sein. Gewissen Personen ist durch positives Gesetz zur Strafe die Erbfähigkeit, und damit auch die t. f. passiva entzogen worden (unten S. 427).

Die Entwickelungsgeschichte, welche das römische Testament durchgemacht hat, ergiebt sich aus der folgenden Darstellung.

I. Das altcivile Recht kannte ursprünglich nur das Testament vor der Volksversammlung (calatis comitiis). Wahrscheinlich deshalb, weil die Erbeseinsetzung ursprünglich

eine abgeschwächte Art der Adoption war[2]), eine Adoption nämlich, welche den eingesetzten Erben nicht sofort, aber nach dem Tode des Testators (sofern das Testament nicht widerrufen wurde) zum Sohn des Testators machte, falls der Eingesetzte dann auf den Willen des Testators einging. Wie die Adoption[3]), so fordert deshalb auch das Testament die Mitwirkung der Volksversammlung. Nur dem Soldaten war es gestattet, wenn er schon in der Schlachtreihe stand, formlos vor den Ohren seines nächsten Kameraden giltig zu testieren (sog. testamentum in procinctu).

Später kam eine Form des Privattestamentes auf: das Mancipationstestament, testamentum per aes et libram. Der Testator mancipiert (verkauft) seinen Nachlaſs (familia pecuniaque) vor fünf Zeugen und dem libripens an einen Dritten, den sog. familiae emtor, um sodann mit solennen Worten (nuncupatio) ihm die Ausführung der in den tabulae testamenti enthaltenen letztwilligen Dispositionen aufzuerlegen. Der familiae emtor soll nur formell, nicht materiell Eigentümer des Nachlasses sein. Er ist materiell zur Ausführung des testatorischen Willens, zu Ausantwortung des Nachlasses an die in den tabulae testamenti benannten Personen verpflichtet. Er ist nicht mehr und nicht weniger als ein Testamentsvollstrecker des Testators. Als solcher bezeichnet er sich selbst in den solennen Mancipationsworten, durch welche er sich die familia pecuniaque des Testators zueignet: familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea (esse ajo, et ea,) quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi emta[4]). Es liegt ein Fall der clausulierten mancipatio

---

[2]) Für diese Ansicht vgl. jetzt die überzeugende Ausführung von Schulin in der oben S. 385 Anm. 2 citierten Abhandlung, insbesondere S. 50 ff.

[3]) Und zwar ursprünglich nicht bloſs die Arrogation, sondern jede Adoption, da die spätere Form der datio in adoptionem durch Privatrechtsgeschäft erkennbar jüngeren Ursprungs ist. Sie hat den Rechtssatz der 12 Tafeln: si pater filium ter venumduit etc. zur Voraussetzung. Vgl. oben S. 348.

[4]) So ist mit Mommsen zu lesen. Der familiae emtor erklärt, daſs er die familia nur im Auftrage, als Mandatar des Testators (endo mandatela tua) und daher (materiell) nur als Pfleger fremden Gutes (endo custodela mea) durch die Mancipation zu Eigentum erwerbe.

vor uns, und zwar mit Beredung zu Gunsten eines Dritten (der im Testament bedachten Personen) — der älteste Fall eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten, welcher dem römischen Recht bekannt ist. Wie durch die mancipatio (fiduciae causa, oben S. 34) ein Commodat, ein Depositum, so kann durch das Mittel derselben auch ein Mandat contrahiert werden. So in unserem Fall. Wir haben hier die älteste Form des römischen Mandatscontracts vor uns, als eines, nicht consensu, aber re (durch formale Eigentumszuwendung) giltig contrahierten, und zwar streng verpflichtenden Rechtsgeschäfts. Mandat und Eigentumszuwendung stehen nicht in Widerspruch mit einander. Der familiae emtor ist Mandatar des Erblassers, weil er (formell) Eigentümer der familia ist. Das Mancipationstestament ist mit der fiducia verwandt, indem hier wie dort nur formales Eigentum erzeugt wird, welches materiell den durch die beigefügte Clausel bezeichneten Zwecken dienstbar ist. Dennoch ist unser Geschäft keine fiducia im technischen Sinn, und zwar darum, weil die Pflichten des familiae emtor nicht auf seine „Treue“ gestellt und daher nicht von Umständen und Ermessen (eines Ehrenmannes) abhängig, sondern durch das Mittel der nuncupatio genau und in streng verpflichtender Weise präcisiert sind. Dem familiae emtor wird nicht „fidei fiduciae causa“ (unter Verweisung auf anderweitige Abreden), sondern mit vollständiger, in den Mancipationsact aufgenommener, keinen Zweifel über seine Pflichten lassender nuncupatio mancipiert. Die fiducia ist eine Mancipation mit unpräciser, das Mancipationstestament aber eine Mancipation mit präciser Clausel. Die fiducia erzeugt daher eine actio bonae fidei (S. 36), die nuncupatio aber actiones stricti juris. Die Pflicht des familiae emtor zur Ausführung des Auftrags, welchen er durch die mit der mancipatio familiae verbundene nuncupatio empfängt, steht unter dem vollen Schutz des Zwölftafelsatzes:

> Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto [5]).

Durch solche Anwendung der Mancipation auf die familia ward es zunächst allerdings nur möglich, Vermächtnisse zu

---

[5]) Vgl. oben S. 33 ff.

errichten[6]). Der familiae emtor war es ja selber, welcher formell zum alleinigen Eigentümer (heres) gemacht wurde. Ein Dritter kann daher nicht gleichfalls heres sein. So lauten denn auch die Nuncupationsworte des Testators lediglich: haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor[7]), itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote. Das Mancipationstestament ist inhaltlich ein blofses Legatentestament. Erst später, als die Idee des „Eigentums“ aufseiten des familiae emtor verblafst war, noch mehr, als demselben auch die Eigenschaft eines Mandatars und Testamentsexecutors abhanden kam und derselbe sich in eine blofs der Form wegen zugezogene Person verwandelte, ward die Erbschaft gewissermafsen von dem Eigentum des familiae emtor frei, und ward es nun als die erste Aufgabe des Testaments gedacht, der Erbschaft einen Eigentümer (heres) und zugleich den Gläubigern der Erbschaft einen Schuldner (denselben heres) zu setzen. Dem familiae emtor hatte einst, wie die Auszahlung der Vermächtnisse, so die Bezahlung der Erbschaftsschulden obgelegen. Seitdem der familiae emtor von der einen wie von der anderen Function entsetzt war, ward es Rechtspflicht des Testators, durch Erbeseinsetzung diese frei gewordene Stelle auszufüllen. Damit erst kam das römische Testament in dem Sinne auf, in welchem wir es recipiert haben. Das Mancipationstestament ursprünglichen Stils war noch von dem altüberlieferten Standpunkt blofser Singularsuccession von Todes wegen ausgegangen. Indem im Interesse der Erbschaftsgläubiger (und Legatare) eine Erbeseinsetzung im Testament notwendig ward, entwickelte sich das Testament, dessen

[6]) Über diese ursprünglich beschränkte Rolle des Mancipationstestaments vgl. Schulin a. O. S. 54 ff. Dort ist auch auf die Eigenschaft des familiae emtor als eines blofsen „Curators“ der Erbschaft mit Bestimmtheit hingewiesen worden. Doch scheint es, wie die obige Ausführung darzuthun sucht, dafs darin nicht, wie Schulin annimmt, ein Widerspruch mit der Mancipationsnatur des Geschäfts enthalten ist. Vielmehr ist die Eigentumszuwendung (mancipatio) gerade das Mittel, um ein giltiges Mandat zu erteilen. Gerade so bei dem deutschen Treuhänder. Durch blofsen Consens kann nach altem Recht kein giltiges Mandat erteilt werden.

[7]) Testari bedeutet nur „vor Zeugen erklären“: Schulin S. 58, unter Umständen sogar nur die Willenserklärung als solche: Kipp, Die Litisdenuntiation S. 62 ff.

Wesen darin besteht, zunächst und an erster Stelle einen Nachfolger in die Persönlichkeit des Erblassers zu ernennen, dessen Wesen, mit einem Wort, an erster Stelle die Berufung zu einer Universalsuccession ist. Dadurch war jetzt für das Mancipationstestament der späteren Zeit der Satz gegeben: velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio (Gaj. II § 229) — so sehr, daſs nach classischem Recht sogar alle letztwilligen Verfügungen, welche der Erbeseinsetzung voraufgingen, ungiltig waren.

Das testamentum calatis comitiis war in der classischen Zeit verschwunden. Das Testament des classischen Civilrechts ist das Mancipationstestament.

Gaj. Inst. II § 101: Testamentorum autem genera initio duo fuerunt. Nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant. Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.

§ 102 eod.: Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.

§ 103 eod.: Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet. Nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius, dicis gratia, propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur. § 104: Eaque res ita agitur. Qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam. In qua re his verbis familiae emptor utitur: Familia pecuniaque tua endo mandatela

TUA CUSTODELAQUE MEA, QUO TU JURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adjiciunt, AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA. Deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori, velut pretii loco. Deinde testator, tabulas testamenti tenens, ita dicit: HAEC ITA, UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITAQUE VOS QUIRITES TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE. Et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare.

II. Das prätorische Recht über Testamente schloſs sich an das civile Mancipationstestament an, aber um es zu einer neüen Form fortzubilden. Die nuncupatio des Mancipationstestaments pflegte bald nur in der solennen Erklärung zu bestehen, daſs der Inhalt einer von dem Testator vorgezeigten Urkunde sein letzter Wille sei. Diese Urkunde (tabulae) pflegte, um die Identität constatieren zu können, von den anwesenden sieben Urkundspersonen, den fünf Zeugen, dem libripens und dem familiae emtor (auch die beiden zuletzt Genannten waren zu bloſsen Zeugen geworden), mit ihren Siegeln verschlossen zu werden. Die unverletzten Siegel der sieben Zeugen ergaben, daſs wirklich unverändert die Urkunde vorlag, deren Inhalt der Testator durch die mancipatio familiae zu seinem Testament gemacht hatte.

Es war klar, daſs das Wesentliche an dem ganzen Testieract diese tabulae und die sieben, dieselben verschlieſsenden Zeugensiegel waren. Die Mancipationsform mit aes und libra war eine bloſse, inhaltlose Solennität geworden. Der Prätor zog die Consequenz dieser Thatsache. Er gab demjenigen, welcher ihm eine solche mit sieben Siegeln versiegelte Urkunde — also eine offenbare Testamentsurkunde — vorlegte, die bonorum possessio secundum tabulas, und zwar auch dann, wenn die Form der Mancipationshandlung nicht beobachtet worden war.

Damit war von prätorischen Rechts wegen eine neue Testamentsform geschaffen worden. Das Mancipationstestament des Civilrechts hatte die Form eines Vertrages, eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts, welches nur durch die Mitwirkung und Annahmeerklärung des familiae emtor zustande kam. Der Prätor erklärte mit der mancipatio auch den familiae emtor als solchen und dessen Willenserklärung für unnötig. Der familiae emtor war

von prätorischen Rechts wegen auch formell in einen bloſsen Zeugen verwandelt. Es genügte und war notwendig, daſs der Testator vor sieben gebetenen Zeugen den Inhalt der Urkunde für sein Testament erklärte. Jetzt erst, durch das prätorische Recht, war die Testamentserrichtung zu einem einseitigen Rechtsgeschäft geworden.

Die b. p. secundum tabulas auf Grund eines mit sieben Zeugensiegeln versiegelten Testaments[8]) war dann, wenn die Mancipationsform beobachtet war, eine b. p. juris civilis adjuvandi gratia. Wenn die Mancipationsform aber nicht beobachtet war, ward sie vom Prätor ursprünglich nur juris civilis supplendi gratia gegeben, also nur provisorisch, so lange kein civiler Intestaterbe sich meldete. Erst Antoninus Pius rescribierte, daſs dem bonorum possessor in solchem Fall gegen die hereditatis petitio des legitimus heres eine exceptio doli zu geben sei. Damit war die b. p. secundum tabulas für den Fall, daſs die Mancipationsform fehlte (was seitdem als Regel zu denken ist), in eine b. p. juris civilis corrigendi gratia verwandelt. Die civile Testamentsform war von prätorischen Rechts wegen reformiert worden. Aus dem zweiseitigen Mancipationsgeschäft ging endgiltig das einseitige Testamentsgeschäft im späteren Sinn des Wortes hervor.

Gaj. Inst. II § 119: Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur; et si nemo sit, ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas, . . . ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem juris est, et si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit. § 120: Sed videamus, an, etiamsi frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur: rescripto enim imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.

---

[8]) Neben jedem Zeugensiegel muſste die Namensschrift des Zeugen stehen: adscribere, adnotare (l. 22 § 4, l. 30 D. qui test. 28, 1), später superscriptio genannt. — Vgl. das Edict oben S. 385 Anm. 1.

III. Das Justinianische Recht hat im Anschlufs an die voraufgehende Kaisergesetzgebung den vom Prätor aufgestellten Testamentsbegriff festgehalten und folgende Testamentsformen entwickelt:

1) Das ordentliche Privattestament ist das vor sieben gebetenen, fähigen Zeugen errichtete Testament[9]). Es kann entweder mündlich oder schriftlich errichtet werden. Mündlich wird es errichtet durch Mitteilung seines letzten Willens seitens des Testators an die Zeugen. Schriftlich wird es errichtet durch die Erklärung des Testators, dafs eine von ihm den Zeugen vorgezeigte Urkunde sein Testament sei, durch die sodann erfolgende Unterschrift (subscriptio) der Testamentsurkunde durch den Testator und die Zeugen mit nachfolgender Versiegelung durch die Zeugen unter Beischrift ihres Namens (vgl. Anm. 8). In beiden Fällen darf der Act der Testamentserrichtung durch keinen zwischeneinfallenden Vorgang gestört sein (Erfordernis der unitas actus).

2) Daneben giebt es aufserordentliche Testamentsformen. Ohne jede Form testiert nach römischem Recht giltig der auf dem Feldzuge befindliche Soldat (testamentum militis). Mit erleichterter Form kann testiert werden zur Zeit einer ansteckenden Krankheit: die Zeugen brauchen nicht gleichzeitig, sondern können nach einander zum Testieract hinzugezogen werden (testamentum pestis tempore); auf dem Lande genügt im Notfall die Zuziehung von fünf Zeugen, welche dann aber den Inhalt auch des schriftlichen Testaments erfahren müssen (testamentum ruri conditum). Mit erschwerter Form testiert der Blinde: es mufs ein achter Zeuge hinzugezogen werden, welcher den Inhalt der Testamentsurkunde den übrigen Zeugen vorliest und mit

---

[9]) Die Zeugnisfähigkeit für das Testament (gleichfalls testamenti factio genannt) hat die testamenti factio activa, also die Vermögensfähigkeit des römischen Civilrechts und vollkommene Handlungsfähigkeit, zur Voraussetzung (oben S. 406). Daher sind Unfreie, Nichtbürger, Frauen, impuberes, furiosi, prodigi vom Testamentszeugnis ausgeschlossen. Aufserdem wird Wahrnehmungsfähigkeit (daher der Ausschlufs von Blinden und Stummen) und Selbständigkeit dem Testator gegenüber gefordert: alle, welche unter väterlicher Gewalt des Testators stehen, der eingesetzte Erbe und die mit demselben durch väterliche Gewalt verbundenen Personen sind zum Testamentszeugnis unfähig.

unterschreibt und siegelt (sog. Blindentestament). Eine privilegierte Form ist die des öffentlichen Testaments: das Testament ist ohne jede weitere Solennität giltig errichtet, wenn die Testamentsurkunde dem Kaiser übergeben ist (testamentum principi oblatum), oder wenn der erblasserische Wille zu gerichtlichem Protokoll erklärt ist (testamentum apud acta conditum). Um seines Inhalts willen ist privilegiert das sog. testamentum parentis inter liberos, d. h. ein Testament, in welchem nur für die Descendenten des Testators letztwillige Verfügungen getroffen werden: hier genügt für mündliche Errichtung die Zuziehung von zwei Zeugen, für die schriftliche Errichtung ein eigenhändiger, datierter, schriftlicher Aufsatz des Testators.

§ 1 I. de test. ord. (2, 10): Quod per aes et libram fiebat (testamentum), licet diutius permansit, attamen partim et hoc in usu esse desiit. § 2: Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto praetoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est; jure enim honorario nulla emancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non erant necessaria. § 3: Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam jus civile et praetorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto praetoris signacula testamentis imponerentur: ut hoc jus tripertitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris.

§ 10 eod.: Sed neque heres scriptus, neque is, qui in potestate ejus est, neque pater ejus, qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt, quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi. Licet enim . . . . veteres, qui familiae emptorem et eos, qui per potestatem ei coadunati fuerant, testamentariis testimoniis repellebant, heredi et his, qui conjuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis praestare . . .; tamen nos . . . ad imitationem pristini fa-

miliae emptoris merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiae emptoris obtinet, nec aliis personis, quae ei (ut dictum est) conjunctae sunt, licentiam concedimus, sibi quodammodo testimonia praestare.

§ 14 eod.: Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram iis nuncupata, sciat hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum.

3) Der dem Testament wesentliche Inhalt ist, wie schon früher bemerkt, die Erbeseinsetzung. Der auf Erbeseinsetzung gerichtete Wille des Testators mufs ein kategorischer, präciser Wille sein. Darum ist nach römischem Recht die Einsetzung von incertae personae (z. B. der Armen) ungiltig. Eine persona incerta ist auch die erst später sich bestimmende Person (z. B.: quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto), sowie die erst später geborene Person. Nur bezüglich der postumi sui (oben S. 376) ist eine Ausnahme gemacht, und, wenngleich erst allmählich, sowohl Einsetzung wie Enterbung derselben im Testament gestattet worden (S. 419). Die Einsetzung einer juristischen Person ward ursprünglich gleichfalls als ungiltige Einsetzung einer persona incerta aufgefafst. Dann ist aber den öffentlichen juristischen Personen allgemeine testamenti factio passiva beigelegt worden (oben S. 406), und wird nach Justinianischem Recht die fromme Zwecke verfolgende Einsetzung von personae incertae (z. B. der Armen, der Kranken) als Einsetzung der Kirche aufrecht erhalten.

Termin (dies) und Resolutivbedingung sind bei der Erbeseinsetzung ausgeschlossen, soferne durch dieselben die Wirkung des Erwerbes der Erbschaft beschränkt werden soll[10]; wären sie dennoch in solcher Weise hinzugefügt, so werden sie gestrichen (semel heres semper heres). Dagegen ist die Suspensivbedingung schlechtweg zulässig. Ein besonderer Fall der suspensiv bedingten Erbeseinsetzung ist die Substitution: die Einsetzung eines zweiten Erben für den Fall, dafs der ersteingesetzte („instituierte") Erbe nicht Erbe wird (plures gradus heredum

---

[10]) Vgl. Eisele in Jherings Jahrbüchern Bd. 23 S. 132 ff.

facere). Unmögliche und unsittliche Bedingungen, welche der Erbeseinsetzung beigefügt sind, werden gestrichen.

Ulp. tit. 24 § 15: Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit.

Eod. tit. 21: Heres institui recte potest his verbis: Titius heres esto, Titius heres sit, Titium heredem esse jubeo. Illa autem institutio: heredem instituo, heredem facio, plerisque improbata est.

Eod. tit. 22 § 4: Incerta persona heres institui non potest, velut hoc modo: quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto: quoniam certum consilium debet esse testantis.

Eod. § 5: Nec municipium nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant. Senatusconsulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint.

Eod. § 6: Deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatusconsulto constitutionibusve principum instituere concessum est, sicuti Jovem Tarpejum, Apollinem Didymaeum Mileti ...

Eod. § 19: Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sint, possumus instituere heredes: si quidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili; si vero viventibus nobis, ex lege Junia.

§ 9 I. de hered. inst. (2, 14): Heres et pure et sub condicione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest. § 10: Impossibilis condicio in institutionibus et legatis, nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur.

§ 100.

Die Noterbfolge.

Der ursprüngliche Gedanke des Testamentes ist, demjenigen, welcher des Sohnes entbehrt, einen Sohn zu schaffen (vgl. oben S. 407), welcher „das Göttliche und Menschliche des Erblassers erfülle“[1]), die Schulden zahle und die Totenopfer darbringe. So

---

[1]) Vgl. das Recht von Gortyn auf Kreta (um 400 v. Chr.) X 42. 43. Zitelmann (oben § 87 Anm. 3) S. 134.

ergiebt sich von selber, daſs beim Vorhandensein von Söhnen die Errichtung eines Testamentes ausgeschlossen ist. Diesen Rechtszustand zeigt uns das altattische Recht: wer eheliche Söhne hatte, konnte kein Testament machen. Späterhin ward ihm dann gestattet, ein Testament zu machen, in welchem er seine Söhne zu Erben einsetzte, bezw. ein Testament zu machen für den Fall, daſs seine Söhne ihn nicht überlebten oder doch nach seinem Tode vor Erreichung der Mündigkeit verstürben[2]). Es ist höchst wahrscheinlich, daſs das altrömische Recht eine ganz ähnliche Entwickelung durchgemacht hat: wer einen filius suus hatte, konnte ursprünglich überall nicht testieren; wer eine Tochter oder einen Enkel in unmittelbarer väterlicher Gewalt hatte, konnte nur neben denselben einen anderen Testamentserben berufen, woraus dann das diesen sui zuständige jus accrescendi (s. unten) hervorgegangen ist[3]). Den sui gegenüber war die Testierfreiheit schon durch den Satz ausgeschlossen, daſs der suus heres nach dem Tode des Vaters (Groſsvaters) ipso jure im Besitz der Erbschaft sich befindet (S. 386), so daſs also für die Besitzergreifung (cretio) der eingesetzten Testamentserben überhaupt kein Raum gegeben ist. Doch in Rom wie in Athen hat trotzdem die Möglichkeit der Testamentserrichtung auch beim Vorhandensein von sui sich durchgesetzt, und zwar in Rom unter vollkommener Durchführung des Grundsatzes der Testierfreiheit, so daſs das ursprüngliche materielle Recht der sui nur noch in gewissen Formerfordernissen des Testaments sichtbar blieb, — wahrscheinlich auch hier nicht infolge plötzlicher Änderung, sondern unter Einhaltung von Zwischenstufen[4]), aber doch so, daſs zum Schluſs, indem die Idee

[2]) Schulin a. O. S. 15.

[3]) Für diese Annahme vgl. jetzt Schirmer in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 2 S. 170 ff.; Salkowski ebenda Bd. 3 S. 201. 202.

[4]) Das Vorhandensein solcher Zwischenstufen wird namentlich durch die in Rom wie in Athen ausgebildete sog. Pupillarsubstitution angedeutet. Pupillarsubstitution (im Gegensatz zu der einfachen Substitution, der sog. Vulgarsubstitution, oben S. 415) ist nach classischem Recht das Testament, welches der Testator zugleich für den in seiner Gewalt befindlichen impubes macht für den Fall, daſs dieser ,intra pubertatem decesserit. In ihrer ursprünglichen Gestalt aber bedeutete (wie noch aus einer Reihe von Rechtssätzen geschlossen werden kann) die Pupillarsubstitution ein Testament, welches

des unmittelbaren Besitzerwerbes der sui an der Erbschaft verblafste, die väterliche Gewalt mit ihrem Vollverfügungsrecht über Vermögen und Hausangehörige zum Siege über die praktischen Wirkungen des uralten Familieneigentums geführt wurde. Damit waren die Voraussetzungen für die Gestaltung des Noterbrechts gegeben, welche uns in den überlieferten Zeugnissen des römischen Rechts entgegentritt.

Das Noterbrecht des uns geschichtlich bezeugten römischen Rechts ist entweder formelles Noterbrecht, d. h. es gehört zur Form des Testaments, dafs der Testator den Noterben entweder einsetze oder enterbe: der Testator mufs des Noterben in seinem Testament gedenken. Oder das Noterbrecht ist materielles Noterbrecht, d. h. es gehört zum Inhalt des Testaments, dafs der Testator dem Noterben einen bestimmten Teil des Nachlasses (den sog. Pflichtteil) zuwende, ihn also bedenke.

Die römische Rechtsentwickelung ist, nach Überwindung der ältesten Stufe, vom lediglich formellen Noterbrecht ausgegangen, um dann ein auch materiell wirkendes Noterbrecht zu erzeugen und endlich (durch Justinian) zu der Verschmelzung von formellem und materiellem Noterbrecht überzugehen.

I. Nach civilem Recht haben nur die sui heredes ein Noterbrecht, und zwar ein lediglich formelles Noterbrecht: zur formalen Giltigkeit des Testaments gehört es, dafs sie entweder eingesetzt oder enterbt seien. Will der Testator über seinen Nachlafs zu Gunsten anderer Personen verfügen, so mufs er erst die Mitherren seines Vermögens entsetzen (exheredes facere), um sich freies Eigentum zu freier Verfügung für andere zu verschaffen. Die Notwendigkeit der exheredatio ist die Nachwirkung, ja in gewissem Sinne eine Anerkennung des Eigentums der familia (der Descendentenfamilie) an dem Vermögen[5]).

---

der Vater für sich selber macht, für den Fall, dafs sein suus zwar nach ihm, aber vor erreichter Mündigkeit verstirbt. Der Vater kann also auch bei Vorhandensein eines filius suus ein Testament machen, aber nur für den Fall, dafs der suus entweder vor ihm, oder doch ante pubertatem sterbe, ganz wie nach attischem Recht.

[5]) „Die im Testament enthaltene Exheredation schliefst gleich jeder Expropriation als rechtsförmliche Aufhebung eines Privatrechts zugleich eine Anerkennung seiner Existenz in sich.“ Hölder in der Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 3 S. 219.

Erst durch vollzogene exheredatio wird das Familieneigentum in vollfreies Privateigentum seines Inhabers verwandelt. Und zwar mufs der filius suus mit sonderlicher Erwähnung (nominatim) exherediert sein; für die Töchter und Enkelkinder genügt es, wenn in dem Testament sich die Clausel findet, welche der vorsichtige Römer jeder Erbeseinsetzung beizufügen pflegte: ceteri exheredes sunto (sog. exheredatio inter ceteros).

Ist diesem formellen Noterbrecht nicht genug geschehen, also ein suus „präteriert" (weder instituiert noch exherediert) worden, so war die Wirkung verschieden. War ein filius suus präteriert, so war das Testament wegen Formfehlers ungiltig und trat Intestaterbfolge ein. Waren andere sui präteriert (Töchter oder Enkelkinder), so blieb das Testament giltig; die präterierten sui traten aber zu den Testamentserben hinzu (scriptis heredibus adcrescunt): neben eingesetzten extranei erbten sie zusammen die Hälfte, neben eingesetzten sui jeder eine Virilportion.

Es genügt auch nicht, dafs der suus unter einer Bedingung exherediert oder instituiert ist (es sei denn dafs die Erfüllung der Bedingung von der freien Willkür des bedingt Instituierten abhängt, sog. Potestativbedingung); er mufs für den Fall der Deficienz der Bedingung gleichfalls instituiert oder exherediert sein. Hat der Testator durch Institution und Substitution mehrere „Grade" der Erbeseinsetzung gemacht (oben S. 415), so mufs der nicht instituierte suus ab omnibus gradibus exherediert werden, d. h. es mufs sowohl dem institutus wie dem substitutus gegenüber die Exheredation ausgesprochen sein, wozu z. B. die Exheredation im Beginn des Testaments (ante heredis institutionem) genügend ist.

Schwierigkeiten machten ursprünglich die postumi sui (oben S. 376), weil sie als personae incertae (S. 415) weder instituiert noch exherediert werden konnten. Die testamenti factio passiva der postumi ward jedoch für die nach dem Tode Geborenen durch Herkommen festgestellt (sog. postumi legitimi), für die noch bei Lebzeiten der Testators, aber nach Errichtung des Testaments Geborenen durch die lex Junia Velleja (sog. postumi Vellejani), nachdem schon vorher der Prätor Gallus Aquilius eine Formel erfunden hatte, durch welche es möglich war, den nach der Testamentserrichtung geborenen Enkel von einem Sohne, welcher

dann durch Tod seines Vaters noch bei Lebzeiten des Testators suus heres (des Grofsvaters) wird, rite zu instituieren (sog. postumi Aquiliani). So konnten auch postumi rite instituiert und exherediert werden. Für den postumus filius ist „namentliche“, für die übrigen postumi die Exheredation inter ceteros genügend, doch die letztere nur dann, wenn die Beifügung eines Legats für solche postumi (Töchter und Enkel) gezeigt hatte, dafs der Testator bei der Clausel: ceteri exheredes sunto, auch dieser postumi gedacht hatte. Für vorsichtiger galt es daher, auch diese übrigen postumi unter ausdrücklicher Hervorhebung derselben (nominatim) zu exheredieren.

Die Präterition eines postumus suus hatte immer die Ungiltigkeit des ganzen Testaments (sog. ruptio testamenti) und Eröffnung der Intestatsuccession zur Folge, ohne Unterschied ob der postumus suus ein Sohn, eine Tochter oder ein Enkel war.

II. Nach prätorischem Recht haben ein formelles Noterbrecht nicht blofs die sui, sondern alle liberi (oben S. 396), und zwar so, dafs alle männlichen liberi (Söhne und Enkelsöhne) nominatim zu exheredieren sind, und nur für die weiblichen liberi die exheredatio inter ceteros genügt. Die Wirkung der Präterition ist nach prätorischem Recht die bonorum possessio contra tabulas (juris civilis corrigendi gratia), also niemals Nichtigkeit des Testaments, sondern immer nur ein Rechtsmittel, durch welches derjenige Präterierte, welcher die b. p. contra tabulas beim Prätor erlangt hat, das ihm contra tabulas zuerteilte prätorische Erbrecht auf den Betrag seiner Intestatportion mit den Rechtsmitteln eines bonorum possessor (interdictum quorum bonorum, hereditatis petitio possessoria) gegen die Testamentserben geltend macht. Es werden also die testamentarischen Erbeseinsetzungen, sowie die auf denselben ruhenden Vermächtnisse und Freilassungen aufgehoben. Dagegen bleiben die Vormundschaftsernennungen, die Pupillarsubstitution (vgl. S. 417 Anm. 4) und insbesondere die Exheredationen des Testaments in Kraft. Der exheredierte Noterbberechtigte ist und bleibt daher von der b. p. contra tabulas ausgeschlossen. Wohl aber kann der instituierte Noterbberechtigte, wenn ein präterierter Noterbe b. p. contra tabulas empfangen hat (commisso per alium edicto), auch seinerseits, wenn

das für ihn vorteilhafter ist, b. p. contra tabulas auf seine Intestatportion erbitten. Wird die Erbittung der b. p. contra tabulas binnen der gesetzten Frist (annus utilis) versäumt, so bleibt das Testament vollgiltig. Andererseits hatten die weiblichen liberi sowie die Enkelkinder den Vorzug, daſs sie nach prätorischem Recht nicht bloſs den Testamentserben „accrescierten" (oben S. 419), sondern mit b. p. contra tabulas ihre volle Intestatportion bekamen. In dieser Hinsicht ist das prätorische Recht corrigiert worden, indem Marc Aurel verordnete, daſs weibliche liberi durch b. p. contra tabulas nur den ihnen kraft civilen Accrescenzrechts zufallenden Teil erlangen sollten.

III. Das materielle Noterbrecht (Pflichtteilsrecht) ist gleichfalls civilrechtlichen Ursprungs. Ein Testament, in welchem jemand seine nächsten Angehörigen übergeht, um sein Vermögen Fremden zuzuwenden, ist ein liebloses, „pflichtwidriges" Testament (testamentum inofficiosum). Die übergangenen Angehörigen haben das Recht, ein solches Testament als von einem Wahnsinnigen errichtet anzufechten und umzuwerfen (querela inofficiosi testamenti)[6].

Als Pflichtteilsberechtigte galten Descendenten, Ascendenten und die vollbürtigen Geschwister, sowie die consanguinei (welche von demselben Vater abstammen), nicht die uterini; Geschwister jedoch nur unter der Bedingung, daſs ihnen eine persona turpis (oben S. 117) im Testament vorgezogen war. Voraussetzung ist, daſs der Pflichtteilsberechtigte in concreto intestaterbberechtigt ist. Das Pflichtteilsrecht gilt als verletzt, wenn dem Pflichtteilsberechtigten nicht wenigstens ein Viertel dessen zugewandt ist, was ihm ab intestato zugekommen wäre. Doch kann nicht verlangt werden, daſs dies Viertel gerade durch Erbeseinsetzung zugewandt werde. Das Pflichtteilsrecht ist befriedigt, wenn der Testator dem Berechtigten in irgend welcher Form, sei es durch Erbeseinsetzung, sei es durch Vermächtnis oder sonst sein

---

[6]) Die Fiction des Wahnsinns (color insaniae) geht wahrscheinlich auf Reception griechischen Rechts zurück. Im altattischen Recht finden wir genau dieselbe Form für die Anfechtung eines lieblosen Testaments wie in Rom: der Testator ward von seinen Verwandten der μανία angeklagt; vgl. Schulin a. O. S. 16, wo zugleich wahrscheinlich gemacht ist, daſs die griechische Praxis in Anerkennung des Pflichtteilsrechts weiter ging, als die des römischen Centumviralgerichts.

Viertel im Testament gegeben hat. Doch muſs das Viertel ohne Belastung (ohne auferlegtes Vermächtnis, ohne Bedingung, ohne dies, ohne Auflage) gegeben sein. Eine beschwerende Bestimmung machte die Zuwendung unwirksam; nach Justinianischem Recht wird die Beschwerung gestrichen.

Ist dem Pflichtteilsberechtigten nichts oder nicht genug zugewandt worden, so hat er die querela inofficiosi testamenti gegen die eingesetzten Testamentserben, um seine volle Intestatportion zu erlangen. Soweit wird das Testament rescindiert; im übrigen bleibt es giltig. Erschöpfen jedoch die Intestaterbteile der Querulanten die ganze Erbschaft, so wird das ganze Testament ungiltig mit allen seinen Bestimmungen (Vermächtnissen u. s. w.).

Hatte der Testator einen Grund, den Pflichtteilsberechtigten auszuschlieſsen, so wird die querela inofficiosi testamenti abgewiesen. Es hat sich herausgestellt, daſs der Testator vernünftig gehandelt hatte. Über die Relevanz der Gründe entschied freies richterliches Ermessen. Gesetzlich bestimmte Enterbungsgründe gab es nicht.

Weil die querela inofficiosi testamenti ein Angriff auf die Person des Testators ist, so verjährt sie, wie jede Klage de statu defuncti, in fünf Jahren nach dem Tode des Erblassers. Überdies ist sie als eine auf persönliche Genugthuung gerichtete actio vindictam spirans aufseite des Klägers unvererblich, vgl. S. 295.

IV. Justinian hat auf dem Gebiet des Noterbrechts eine Reihe von Reformen eintreten lassen. Zunächst bestimmte er, daſs in dem Fall, wo einem Pflichtteilsberechtigten etwas, aber nicht genug im Testament zugedacht war, die querela inofficiosi testamenti auf die volle Intestatportion ausgeschlossen, und nur eine actio ad supplendam legitimam, d. h. nur eine Klage auf Vollauszahlung des Pflichtteils gegen die Testamentserben gerichtet werden könne. Dann ward von ihm (durch Nov. 18) der Pflichtteil erhöht, nämlich auf ein Drittel der Intestatportion, wenn der Intestaterbteil mindestens ein Viertel der Erbschaft ausmacht; auf die Hälfte der Intestatportion, wenn derselbe weniger als ein Viertel der Erbschaft beträgt.

Die wichtigste Reform aber vollzog er durch die Novelle 115.

Durch Novelle 115 ward für Descendenten und Ascendenten eine Verschmelzung des materiellen und formellen Noterbrechts herbeigeführt. Ascendenten sollen ihre intestaterbberechtigten Descendenten, und Descendenten ihre intestaterbberechtigten Ascendenten zu Erben einsetzen. Eine Enterbung ist nur aus bestimmten Gründen, welche Justinian in der Novelle gesetzlich fixiert hat, zulässig, z. B. wegen Lebensnachstellung u. dgl. Der Enterbungsgrund mufs im Testament angegeben werden.

Ist diesen Vorschriften nicht genug geschehen, so wird, falls der Berechtigte im Testament zum Erben eingesetzt, aber ihm nicht genug zugewandt war, ihm nur die actio ad supplendam legitimam gegeben, welche also ausgeschlossen ist, falls der Testator ihm neben der Erbeseinsetzung den Rest des Pflichtteils durch Vermächtnis oder anderweitig letztwillig zugewandt hatte; Beschwerungen des Pflichtteils werden gestrichen. Ist aber der Berechtigte überall nicht zum Erben eingesetzt worden (ohne dafs ein gesetzlicher Enterbungsgrund angegeben ist), so wird ihm eine modificierte querela inofficiosi testamenti gegeben, welche die Erbeseinsetzungen bis auf den Betrag seiner vollen Intestatportion rescindiert, die übrigen Bestimmungen des Testaments aber, z. B. Vormundschaftsernennungen, Pupillarsubstitutionen, auch die Vermächtnisse (soweit sie nicht den Pflichtteil verringern) bei Bestand läfst.

Für die Geschwister ist das bisherige blofse Pflichtteilsrecht (also ohne Recht auf Zuwendung in der Form der Erbeseinsetzung) unverändert gelassen: gegen die im Testament eingesetzten personae turpes klagen sie mit querela inofficiosi testamenti auf ihre Intestatportion, falls ihnen nichts zugewandt war; mit actio ad supplendam legitimam auf Vollzahlung nur des Pflichtteils, falls durch das ihnen Zugewandte der Pflichtteil nicht erreicht ist.

Nov. 115 c. 3: Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae, suum filium, vel filiam, vel ceteros liberos praeterire, aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum, eis dederit legibus debitam portionem; nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitu-

dinis causas parentes suo inseruerint testamento. Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant judicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, . . . ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur. —

c. 4 pr.: Sancimus itaque, non licere liberis, parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter nominaverint. —

§ 8 eod.: Si autem haec omnia non fuerint observata, nullam vim hujusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum, habere sancimus: sed, rescisso testamento, eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari disponimus: legatis videlicet, vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus, seu aliis capitulis . . . suam obtinentibus firmitatem.

§ 101.

Die Wirkung des Erbschaftserwerbes.

I. Der Erbe wird durch Erwerb der Erbschaft Universalsuccessor des Verstorbenen (oben S. 371). Er tritt in alle Rechte und Schulden des Verstorbenen ein, soweit nicht Rechte und Schulden durch den Tod des Verstorbenen aufgehoben wurden (oben S. 295. 312. 369). Das Vermögen des Erblassers ist jetzt Vermögen des Erben (sog. confusio bonorum), die Rechte und Schulden des Erblassers sind jetzt Rechte und Schulden des Erben. Darum haftet für die Erbschaftsschulden jetzt auch das eigene Vermögen des Erben, und haftet umgekehrt für die eigenen Schulden des Erben auch die Erbschaft. In beiderlei Hinsicht ist jedoch eine Modification möglich.

Die Haftung des Erben für die Erbschaftsschulden mit seinem eigenen Vermögen wird (aber erst nach Justinianischem Recht) aufgehoben vermöge des beneficium inventarii, wenn der Erbe rechtzeitig (spätestens binnen einem Vierteljahr nach Kenntnisnahme von der Delation) ein Inventar über den Nachlaſs errichtet. Er haftet dann für die Erbschaftsschulden nur mit der Erb-

schaft, d. h. nur in Höhe der Erbschaftsactiva, und ist berechtigt, die Gläubiger, sowie sie sich melden, zu bezahlen. Ist die Erbschaft erschöpft, so haftet er nicht mehr.

Die Haftung der Erbschaft auch für die Schulden des Erben wird aufgehoben vermöge des (vom Prätor eingeführten) beneficium separationis, wenn die Erbschaftsgläubiger spätestens binnen fünf Jahren, und bevor sie noch mit dem Erben als mit ihrem Schuldner pacisciert haben, die separatio bonorum beim Richter beantragen.

Die Klage, durch welche der Erbe sein Erbrecht geltend macht, ist die hereditatis petitio. Er klagt mit derselben gegen jeden, welcher seinerseits sich das Erbrecht anmafst, sei es dafs er Erbe sein will (pro herede possidet), oder Erbe werden will (pro possessore possidet)[1], wenn derselbe infolge seiner Erbrechtsprätension entweder Sachen vorenthält, welche zum Nachlafs gehören (corporis possessor), oder seine Schuld, die er dem Erblasser schuldete, nicht zahlen will (juris possessor). Beansprucht der Besitzer einer Erbschaftssache dieselbe nicht als Erbe, sondern aus irgend einem andern Rechtsgrunde (z. B. weil er Eigentümer sei), so ist gegen ihn nicht die hereditatis petitio (dieselbe wird durch die exceptio praejudicii ausgeschlossen, vgl.

---

[1]) Als pro possessore Besitzender, welcher auf die Frage, weshalb er besitze, antwortet: quia possideo, ist im Sinne des classischen Rechts namentlich derjenige zu denken, welcher mala fide (wissend, dafs er nicht Erbe ist) eine Nachlafssache pro herede usucapieren will (oben S. 384), also der improbus pro herede possessor. Gegen ihn kann gerade wie gegen den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer (pro herede possessor) der Erbe nur mit der hereditatis petitio klagen: würde Erbe eine Singularklage, z. B. die rei vindicatio auf Grund erblasserischen Eigentums, gegen ihn anstellen, so hat Beklagter dort wie hier die exceptio ne praejudicium hereditati fiat, durch welche er den Kläger (den Erben) zur Anstellung der Universalklage, der hereditatis petitio, nötigt, durch welche der Streit um das Erbrecht (nicht blofs um das Eigentum an dieser einzelnen Sache) entschieden wird. An sich trifft sonst der Begriff des pro possessore possidens für jeden untitulierten bösgläubigen Besitzer zu, auch für den also, welcher gar nicht pro herede usucapieren will, noch kann, wie z. B. der Dieb, Räuber, Dejicient. Aber in diesen Fällen ist, obgleich der Erbe berechtigt wäre, die hereditatis petitio zu gebrauchen, die normale Klage doch die Singularklage (die rei vindicatio); solche Besitzer haben die Präjudicialeinrede nicht; vgl. Leist, Der römische Erbrechtsbesitz S. 241 ff.

Anm. 1), sondern die Klage aus dem einzelnen zur Erbschaft gehörigen Recht, also z. B. die rei vindicatio auf Grund des erblasserischen Eigentums, zuständig.

Der hereditatis petitio gegenüber war nach einem Senatusconsult unter Hadrian die usucapio pro herede unwirksam: trotz vollendeter Usucapion mufste die Sache vom Usucapienten herausgegeben werden. Damit war dieses Institut, welches den Verhältnissen des ältesten Erbrechts seinen Ursprung verdankte, nunmehr seiner vornehmsten praktischen Bedeutung entkleidet worden. Ein senatusconsultum Juvencianum aus derselben Zeit (129 n. Chr.) verpflichtete sowohl den gutgläubigen wie den bösgläubigen Erbschaftsbesitzer, der hereditatis petitio gegenüber allen von der Erbschaft gemachten Gewinn (z. B. durch Verkauf von Erbschaftssachen) herauszugeben.

In gleicher Weise klagt derjenige, welcher vom Prätor bonorum possessio empfangen hat, mit dem interdictum quorum bonorum gegen den, welcher pro herede oder pro possessore possidet, jedoch nur gegen den corporis possessor (vgl. oben S. 393). Deshalb war es von Bedeutung, dafs der Prätor später dem bonorum possessor eine utilis hereditatis petitio (sog. hereditas petitio possessoria) gab, mit welcher nun auch der juris possessor verklagt werden kann. Auch mit dem interdictum quorum bonorum konnte dem pro herede Usucapierenden trotz vollendeter Usucapion die Sache wieder abgenommen werden.

Erben mehrere Erben neben einander, so tritt für jeden die Wirkung des Erbschaftserwerbes pro parte hereditaria ein. Unter einander haben die Miterben, um sich über die Erbschaft auseinanderzusetzen, die actio familiae erciscundae (oben S. 287).

L. 9 D. de her. pet. (5, 3) (Ulpian.): Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede, vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam.

L. 11. 12 eod. (Ulpian.): Pro herede possidet, qui putat, se heredem esse. — Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit: quia possideo, nec contendet, se heredem, vel per mendacium.

§ 3 I. de interd. (4, 15): Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur quo-

rum bonorum. Ejusque vis et potestas haec est, ut, quod ex his bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede, aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat, se heredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem, sciens, ad se non pertinere, possidet.

L. 2 D. de poss. her. pet. (5, 5) (Gajus): Per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

II. Hindernisse des Erbschaftserwerbes sind:

1) Die Erbunfähigkeit. Kraft positiven Rechtssatzes sind nach Kaiserrecht erbunfähig die Kinder von Hochverrätern, Apostaten und Häretiker, die Witwe, welche das Trauerjahr verletzt hat. Im übrigen ist nach Justinianischem Recht die Erbfähigkeit in der gemeinen Vermögensfähigkeit enthalten, soferne nur der Erbe zur Zeit des Todes des Erblassers bereits als nasciturus existierte (vgl. oben S. 95. 406). Die Erbunfähigkeit schliefst die Delation aus. Es ist für die Beerbung ebenso, wie wenn der Erbunfähige überall nicht existierte.

2) Die Incapacität ist blofse Erwerbsunfähigkeit. Sie schliefst nicht die Delation aus, sondern nur die Acquisition. Im Justinianischen Recht giebt es keine Incapacitätsfälle mehr. Der wichtigste Fall war früher die durch die lex Julia et Papia Poppaea begründete Incapacität, welche die caelibes und die orbi ganz bezw. zur Hälfte von dem Erwerb der aus einem Testament deferierten Erbschaften und Vermächtnisse ausschlofs (oben S. 346).

3) Die Indignität schliefst weder Delation noch Acquisition aus. Aber dem indignus soll das Erworbene wieder genommen („eripiert") werden, sei es durch den Fiscus, sei es durch einen dritten Berechtigten (sog. bona ereptoria). So soll z. B. zu Gunsten des Fiscus die Erbschaft verlieren, wer den Erblasser umgebracht hat. Er ist unwürdig, die Erbschaft zu behalten.

L. un. § 12 C. de caducis tollendis (6, 51) (Justinian.): Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his, quae ut indignis auferuntur,

et nos simili modo intacta servamus, sive in nostrum fiscum, sive in alias personas perveniant.

§ 102.

Das Vermächtnis.

I. Das Legat ist das solenne, in feststehender Wortform verbis imperativis durch das Mittel des Testaments angeordnete, einem Testamentserben auferlegte Vermächtnis des Civilrechts. Es ist lediglich dazu bestimmt, einzelne Vorteile auf Kosten der Erbschaft dritten Personen zu gewähren. Das Wesen des Vermächtniserwerbes ist Singularsuccession, im Gegensatz zu dem Erbschaftserwerb des Erben, der Universalsuccession. Das Legat gewährt nur Rechte; Schulden können nicht vermacht werden. Die Form der Rechtszuwendung war nach Civilrecht eine zweifache, entweder eine directe oder eine indirecte.

1) Der directen Rechtszuwendung diente das legatum per vindicationem. Es sprach dem Legatar unmittelbar das Eigentum oder eine Servitut (Personalservitut, Prädialservitut) an einer dem Erblasser zu quiritarischem Eigentum zuständigen Sache zu (z. B. Titio hominem Stichum do lego, oder: Titio usumfructum fundi Corneliani do lego). Auf Grund desselben konnte der Legatar sofort zur rei vindicatio bezw. zur Servitutenklage (juris vindicatio) schreiten; einer vorgängigen Tradition bezw. einer Servitutenbestellung vonseiten des Erben bedurfte es nicht.

2) Die indirecte Rechtszuwendung vollzog sich an erster Stelle durch das Damnationslegat, welches den Erben verpflichtete, dem Legatar das quiritarische Eigentum an einer Sache (oder sonst einen Vermögensvorteil) zu verschaffen (z. B. heres meus Stichum servum meum dare damnas esto). Hier hatte der Legatar nur ein Forderungsrecht auf dare bezw. facere (vgl. oben S. 257) gegen den Erben, nicht sofort Eigentum. Aber durch Damnationslegat konnten nicht bloſs eigene Sachen des Testators, sondern auch fremde Sachen vermacht werden. Das Damnationslegat war in Bezug auf seine Giltigkeit die sicherste und insofern beste Form des Legats. Dem Damnationslegat verwandt war das legatum sinendi modo (heres meus damnas esto, sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere).

Auf diese Weise konnten nicht bloſs Sachen des Erblassers, sondern auch Sachen des Erben (nicht aber Sachen Dritter) vermacht werden. Es liegt auch hier eine bloſse Obligation des Erben vor, aber nicht zum dare, sondern nur zum sinere: zu gestatten, daſs der Legatar die Sache sich aneigne[1]). Ebenso war dem Damnationslegat das legatum per praeceptionem verwandt (L. Titius hominem Stichum praecipito): in dieser Form kann nur eine Erbschaftssache (aber auch die nicht im quiritarischen Eigentum stehende), und nur einem Miterben vermacht werden; das Legat begründet eine Pflicht der Miterben, im judicium familiae erciscundae (mit dieser Klage muſs das Legat geltend gemacht werden) dem bevorzugten Miterben jene Sache noch auſser seinem Anteil zu belassen[2]).

Das sc. Neronianum bestimmte, daſs jedes Legat, welches in der vom Testator gewählten Form (z. B. als Vindicationslegat) wegen Mangels der mit dieser Form verbundenen Voraussetzungen ungiltig war, als Damnationslegat aufrecht erhalten werden solle. Durch jedes Legat wurde nun der Erbe verpflichtet, es zu erfüllen.

Ulp. tit. 24 § 1: Legatum est, quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur: nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.

Gaj. Inst. II § 193: Per vindicationem hoc modo legamus: Titio verbi gratia hominem Stichum do lego; sed et si alterutrum verbum positum sit, veluti do aut lego, aeque per vindicationem

---

[1]) Das legatum sinendi modo bedeutet eine Abschwächung des Damnationslegats, indem es den Erben nicht zu positivem Handeln verpflichtet, und stellt wahrscheinlich den Übergang von dem älteren Damnationslegat zu dem (jüngeren) Vindicationslegat dar: Legatar soll die Sache haben, ohne daſs erst eine Leistung seitens des Erben notwendig ist; vgl. Hölder, Beitr. z. Gesch. d. röm. Erbr. S. 76 ff.

[2]) Auch das Präceptionslegat ist wahrscheinlich älter als das Vindicationslegat. Es bedeutet rechtlich einen bloſsen Wunsch des Erblassers (praecipito), welcher der strengen Damnationsform entbehrt und daher nicht durch selbständige Klage, sondern nur bei Gelegenheit des judicium familiae erciscundae kraft des officium judicis (ex bona fide) geltend gemacht werden kann. Der Legatar (Miterbe) erwirbt die Sache erst durch die adjudicatio seitens des Richters im Erbteilungsverfahren, nicht unmittelbar kraft des Legates. Vgl. Hölder a. O. S. 80 ff.

legatum est; item, ut magis visum est, si ita legatum fuerit: SUMITO, vel ita: SIBI HABETO, vel ita: CAPITO, aeque per vindicationem legatum est. § 194: Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex jure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est intendere, suam rem ex jure Quiritium esse. § 196: Eae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex jure Quiritium ipsius testatoris sunt; sed eas quidem res, quae pondere, numero, mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex jure Quiritium testatoris, veluti vinum, oleum, frumentum, pecuniam numeratam. Ceteras res vero placuit, utroque tempore testatoris ex jure Quiritium esse debere, id est, et quo faceret testamentum, et quo moreretur, alioquin inutile est legatum.

Eod. § 201: Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEUS STICHUM SERVUM MEUM DARE DAMNAS ESTO. Sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum est. § 202: Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere et praestare, aut aestimationem ejus dare debeat. § 203: Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si moda futura est, per damnationem legari potest, velut FRUCTUS, QUI IN ILLO FUNDO NATI ERUNT, aut QUOD EX ILLA ANCILLA NATUM ERIT. § 204: Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario adquiritur, sed nihilominus heredis est, et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere: et tum heres, si res mancipii sit, mancipio dare, aut in jure cedere, possessionemque tradere debet; si nec mancipii sit, sufficit si tradiderit.

Eod. § 209: Sinendi modo ita legamus: HERES MEUS DAMNAS ESTO SINERE LUCIUM TITIUM HOMINEM STICHUM SUMERE SIBIQUE HABERE. § 210: Quod genus legati plus quidem habet, quam per vindicationem legatum; minus autem, quam per damnationem. Nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui: cum alioquin per vindicationem nisi suam rem legare non potest; per damnationem autem cujuslibet extranei rem legare potest.

Eod. § 216: Per praeceptionem hoc modo legamus: L. TITIUS HOMINEM STICHUM PRAECIPITO. § 217: Sed nostri quidem

praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus esset: praecipere enim esse praecipuum sumere; quod tantum in ejus persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit. § 219: Item nostri praeceptores, quod ita legatum est, nulla alia ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam judicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est dividunda, accipi solet: officio enim judicis id contineri, ut ei, quod per praeceptionem legatum est, adjudicetur.

Ulp. tit. 24 § 11: Senatusconsulto Neroniano . . . cautum est, ut, quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo jure legatum esset: optimum autem jus legati per damnationem est.

II. Neben dem Legat kam das Fideicommifs, d. h. das formlose Vermächtnis auf: der Erblasser stellte es (verbis precativis) in das Gewissen (daher der Name fidei commissum) des Onerierten (fiduciarius), ob er dem Bedachten (fideicommissarius) das vom Erblasser formlos Zugewandte leisten werde. Solche Fideicommisse konnten auch aufserhalb des Testaments und ohne Testament (also zu Lasten des Intestaterben), sie konnten auch einem Nichterben, z. B. einem Vermächtnisnehmer, auferlegt sein. Ein Fideicommifs kann jedem auferlegt werden, welcher von dem Testator von Todeswegen etwas erhält, auch dem Fideicommissar selber. Es kann mündlich oder schriftlich, vor Zeugen und ohne Zeugen errichtet werden. Die regelmäfsige Form war ein Brief an den Beschwerten (codicilli). Solche Fideicommisse wurden trotz ihrer Formlosigkeit rechtlich verbindlich, seitdem Kaiser Augustus eine extraordinaria cognitio zu Gunsten des Fideicommissars anordnete. Nach seinem Ermessen konnte causa cognita der Magistrat (es ward dann ein eigner praetor fideicommissarius dafür bestellt) den Onerierten zur Leistung des Fideicommisses an den Honorierten zwingen. Immer war es ein blofses Forderungsrecht, niemals direct Eigentum, was durch das Fideicommifs erworben wurde. Dennoch war klar, dafs das Fideicommifs (das Vermächtnis des jus gentium) im Begriff war, das ganze Vermächtnisrecht des Civilrechts aus den Angeln zu heben. Das formlose Vermächtnis hatte praktisch den gleichen

Erfolg errungen, wie das formale: die Verpflichtung des Erben zur Auszahlung.

§ 1 I. de fideic. hered. (2, 23): Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditates, vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea primus divus Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus, auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam jurisdictionem, tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.

Ulp. tit. 25 § 1: Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. § 2: Verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: FIDEICOMMITTO, PETO, VOLO DARI, et similia. § 3: Etiam nutu relinquere fideicommissum, usu receptum est.

Eod. § 4: Fideicommissum relinquere possunt, qui testamentum facere possunt, licet non fecerint. Nam intestato quis moriturus fideicommissum relinquere potest.

Eod. § 12: Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata, sed cognitio est Romae quidem consulum, aut praetoris, qui fideicommissarius vocatur, in provinciis vero praesidum provinciarum.

pr. I. de codic. (2, 25): Ante Augusti tempora constat, jus codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et cum divus Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui, auctoritatem ejus secuti, fideicommissa praestabant, et filia Lentuli legata, quae jure non debebat, solvit. Dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, et quaesiisse, an possit hoc recipi, nec absonans

a juris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, utilissimum et necessarium hoc civibus esse, propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora, cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

III. Die Verschmelzung der Legate und Fideicommisse geschah dadurch, dafs einerseits das Legat von der überlieferten Form (z. B. der solennia verba) befreit, andrerseits das Fideicommifs an eine gewisse Form gebunden wurde. Schon durch Constantin war das Legat auch ohne verba solennia, also auch wenn in beliebige Worte gekleidet, für giltig erklärt worden. Justinian hat dann den Unterschied völlig aufgehoben.

Es giebt nach Justinianischem Recht nur noch ein Vermächtnis, welches beide Namen führt: legatum und fideicommissum.

Die Wirkung des Justinianischen Vermächtnisses, in welcher Form es auch angeordnet sei, ist immer eine Verpflichtung des Erben zur Erfüllung des Vermächtnisses, aus welcher die persönliche Legatsklage (actio legati) entspringt. Vermachte der Erblasser direct Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht an einer Sache, welche in der Erbschaft sich befindet, so erwirbt der Legatar aufserdem auch sofort, ohne Traditionshandlung des Erben, dieses dingliche Recht.

Seiner Form nach verlangt das Justinianische Vermächtnis entweder die Errichtung in einem Testament oder in einem Codicill. Das Codicill hat die Form des Testaments (kann also gleichfalls mündlich oder schriftlich gemacht werden), jedoch mit dem Unterschied, dafs die Zuziehung von fünf Zeugen genügt und die Siegelung der Zeugen nicht notwendig ist. Ein solches Codicill kann ohne Testamentserrichtung gemacht werden (codicilli ab intestato) oder neben einem Testament (codicilli testamentarii); es kann im letzteren Fall im Testament bestätigt (codicilli confirmati) oder nicht bestätigt sein (codicilli non confirmati). Es soll aber auch nach einer Vorschrift Justinians auf Grund einer ganz formlosen Erklärung des Erblassers an den

Onerierten der mit dem Vermächtnis Bedachte klagberechtigt sein, jedoch mit der Beschränkung, daſs er die Wahrheit des Vermächtniserrichtungsactes von dem Eide des Onerierten abhängig machen muſs (sog. *fideicommissum orale*). In diesem Oralfideicommiſs Justinians hat sich das alte Recht des Fideicommisses bis in das Corpus juris hinein behauptet.

§ 3 I. de leg. (2, 20): Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem, necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed, quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura.

§ 103.

Beschränkung der Vermächtnisse.

Es versteht sich von selber, daſs der Erbe für die Vermächtnisse nur mit der Erbschaft, nicht mit dem eigenen Vermögen einsteht, denn das Vermächtnis ist eine Zuwendung auf Kosten der *Erbschaft*. Es liegt jedoch im Interesse der Vermächtnisnehmer selber, die Haftung des Erben für die Legate noch weiter einzuschränken. Muſs der Erbe den empfangenen Erbteil ganz den Vermächtnisnehmern herauszahlen, so wird er schwerlich Neigung haben, eine derartig belastete Erbschaft ohne jeden eigenen Vorteil, nur im Interesse anderer, zu übernehmen. Er wird es vorziehen, die Erbschaft auszuschlagen, und die Folge wird sein, daſs den Vermächtnisnehmern *nichts* zugute kommt. Daher kommt es darauf an, gewissermaſsen einen Vergleich zwischen dem Erben und dem Vermächtnisnehmer herbeizuführen, damit jener daran interessiert sei, die Erbschaft anzutreten, dieser wenigstens einen Teil des ihm Vermachten empfange.

Die römische Gesetzgebung hat mehrere Versuche dieser Art gemacht. Eine lex Furia bestimmte, daſs der Vermächtnisnehmer (nahe Angehörige ausgenommen) nicht mehr als 1000 As aus dem

…cia = 1/12 triens = 4/12 (1/3) septunx = 7/12 dextans 10/12 (5/6)
…ans = 2/12 (1/6) quincunx = 5/12 bes = 8/12 (2/3) deunx 11/12
…drans = 3/12 (1/4) semis = 6/12 (1/2) dodrans = 9/12 (3/4) as (12/12)

Vermächtnis fordern solle. Die lex Voconia (169 v. Chr.) gab die Vorschrift: das Legat solle nicht mehr betragen dürfen als der Erbe empfange. Den Sieg trug die *lex Falcidia* (40 v. Chr.) davon. Sie bestimmte, dafs dem Erben *ein Viertel* seiner Erbportion (die sog. *quarta Falcidia*) von Vermächtnissen frei bleiben müsse. Die über das Mafs auferlegten Vermächtnisse erleiden einen verhältnismäfsigen Abzug. Die lex Falcidia galt zunächst nur den Legaten gegenüber; sie ist dann auf die Fideicommisse (sc. Pegasianum 75 n. Chr.) erstreckt worden; sie gilt aber immer *nur zu Gunsten des Erben*, nicht auch zu Gunsten des Vermächtnisnehmers, welcher seinerseits mit Vermächtnissen beschwert ist.

Gaj. Inst. II § 224: Sed olim quidem licebat, totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quicquam heredi relinquere, praeterquam inane nomen heredis. Idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: UTI LEGASSIT SUAE REI, ITA JUS ESTO. Quare, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant; et idcirco plerique intestati moriebantur. § 225: Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere, permissum non est. Sed et haec lex non perfecit, quod voluit. Qui enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat, quinque hominibus singulis millenos asses legando, totum patrimonium erogare. § 226: Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur, sed tamen fere vitium simile nascebatur. Nam, in multas legatariorum personas distributo patrimonio, poterat testator adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi, hujus lucri gratia totius hereditatis onera sustinere. § 227: Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat, quam dodrantem. Itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat; et hoc nunc jure utimur.

§ 104.

Das Universalfideicommiſs.

Im Wesen des Fideicommisses lag es, daſs jegliche Bitte von dem Erblasser dem Onerierten ausgesprochen werden konnte, also auch die Bitte, der Onerierte möge den Erbteil, welchen er entweder ab intestato oder ex testamento vom Erblasser erbt, an einen Dritten restituieren, sei es den ganzen Erbteil, oder einen aliquoten Teil desselben. Hier überschritt das Fideicommiſs die Grenze, welche dem Vermächtnis an sich gesteckt ist. Ein solches Fideicommiſs schloſs eine versteckte indirecte Erbeinsetzung des Dritten in sich. Es war eine Art des Vermächtnisses, welche die Tendenz hatte, die Wirkung der Universalsuccession herbeizuführen.

Zunächst war von Rechts wegen ein solches Fideicommiſs allerdings auſserstande, die in ihm liegende Tendenz zu verwirklichen. In welcher Form Rechtens konnte die Übergabe des Erbteils, insbesondere der Erbschaftsschulden, überhaupt ausgeführt werden? Man schloſs an ein Geschäft an, welches bereits bekannt und ausgebildet war: den Verkauf einer Erbschaft (oder eines Erbteils), um dem neuen noch unbekannten Geschäft zugleich die Form und sein Recht zu geben. Der heres fiduciarius, welchem das Universalfideicommiſs auferlegt war, verkaufte, um das Fideicommiſs zu erfüllen, zum Schein (nummo uno) die Erbschaft an den Fideicommissar. Dann hatte der heres fiduciarius als Schein-Erbschaftsverkäufer dem Fideicommissar alle Activen der Erbschaft herauszugeben, der Fideicommissar dagegen als Scheinkäufer den Fiduciar (Verkäufer) wegen aller Erbschaftsschulden schadlos zu halten. Wie beim Erbschaftskauf, so wurden auch hier die beiderseitigen Verpflichtungen durch Stipulation auſser Zweifel und klagbar gestellt. Damit war jedoch eine bloſse Singularsuccession herbeigeführt. Der Fideicommissar erwarb die Rechte des Erblassers, die Schulden aber blieben bei dem Fiduciar, der eben völlig Erbe blieb. Nur daſs der Fideicommissar dem Erben wegen dieser Schuldhaftung Indemnität zu leisten schuldig war[1]).

---

[1]) Eine gleiche Wirkung hatte die partitio legata, welche nach Civil-

Den entscheidenden Schritt that hier das sc. Trebellianum (62 n. Chr.), indem es der Restitutionserklärung des heres fiduciarius als solcher unmittelbar die Wirkung beilegte, den Übergang der activa und der passiva zu dem entsprechenden Teil auf den Universal-Fideicommissar herbeizuführen. Lediglich die Erklärung des Fiduciars, dafs er restituiere, bewirkt, dafs der Fideicommissar (vorausgesetzt dafs dieser das Vermächtnis angenommen hat) aus den Rechten des Testators mit prätorischer actio utilis klagberechtigt ist und seinerseits aus den Schulden des Testators von den Erbschaftsgläubigern gleichfalls mit prätorischer actio utilis verklagt werden kann. Der heres fiduciarius wird ebenso wie er die activa einbüfst, von den Schulden frei. Der Universalfideicommissar ist zu dem entsprechenden Teil loco heredis, und hat daher auch die Rechtsmittel des Erben (fideicommissaria hereditatis petitio). Der Übergang auch der Schulden auf den Fideicommissar unterscheidet ihn als Universalsuccessor von dem, welcher wirklich ein blofses Vermächtnis empfangen hat. In dem Universalfideicommifs liegt jetzt praktisch eine neue Art der Erbeseinsetzung vor, und zwar eine Art, welche von den Schranken formaler Erbeseinsetzung befreit ist, für welche vielmehr in Bezug auf die Voraussetzungen die weit freieren Rechtssätze des Fideicommisses gelten. Mit einem Universalfideicommifs (wie überhaupt mit einem Fideicommifs) kann auch derjenige bedacht werden, welcher zur Zeit des Todes des Testators noch garnicht, auch nicht als nasciturus, existierte. Das Universalfideicommifs kann (wie jedes Fideicommifs) einen dies a quo haben: falls bestimmt ist, dafs der Erbe etwa erst nach 10 Jahren seinen Erbteil herausgeben soll. Auch kann dem Universalfideicommissar (wie jedem Fideicommissar) wiederum ein Fideicommifs, also in diesem Fall wieder ein Universalfideicommifs auferlegt weden, wieder etwa unter einem dies oder unter einer

recht möglich war: der Legatar empfing den entsprechenden Teil der activa, unter der Verpflichtung, den Erben für den entsprechenden Teil der passiva schadlos zu halten. Auch hier versprachen beide Teile die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten durch Stipulation (stipulationes partis et pro parte). Vergleichen kann man auch die Wirkungen einer post aditam hereditatem vollzogenen in jure cessio hereditatis, oben S. 378 Anm. 3.

Bedingung. So wird durch das Mittel des Universalfideicommisses thatsächlich eine Erbeseinsetzung mit dies a quo, mit dies ad quem und mit Resolutivbedingung möglich, was alles bei formaler Erbeseinsetzung ausgeschlossen ist (oben S. 415 a. E.).

Eine Modification dieses Resultats trat durch das sc. Pegasianum (75 n. Chr.) ein, welches die quarta Falcidia auch den Fideicommissen, also auch den Universalfideicommissen gegenüber einführte (oben S. 435). Kam es zum Abzug der Quart, so trat wiederum nur Singularsuccession ein, und wurden die stipulationes partis et pro parte notwendig. Zugleich aber ward dem Universalfideicommissar das Recht gegeben, den eingesetzten heres fiduciarius zum Antritt der Erbschaft und damit auch zur Restitution zu zwingen, in welchem Fall dann die Quart nicht abgezogen ward, sondern der Fideicommissar, und zwar dann als Universalsuccessor, ganz in die Stelle des zum Antritt gezwungenen Erben eintrat.

Justinian hat den Abschluſs herbeigeführt, indem er das sc. Pegasianum mit dem Trebellianum verschmolz: der heres fiduciarius hat das Recht der Quart (heute quarta Trebellianica genannt), aber auch bei Abzug der Quart wird der Universalfideicommissar (für die ihm restituierten drei Viertel) Universalsuccessor, tritt also kraft der Restitution ipso jure für seinen Anteil auch in die Schulden ein. Ferner hat der Universalfideicommissar das Zwangsrecht gegen den Erben (wie nach dem Pegasianum), um dann den ganzen Erbteil desselben zu übernehmen. So war definitiv in dem Universalfideicommiſs eine in allen Fällen Universalsuccession herbeiführende freiere Form mittelbarer Erbeseinsetzung geschaffen worden.

§ 2 I. de fideic. her. (2, 23): Cum igitur aliquis scripserit: LUCIUS TITIUS HERES ESTO, poterit adjicere: ROGO TE, LUCI TITI, UT, CUM PRIMUS POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, EAM GAJO SEJO REDDAS, RESTITUAS. Potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare, et liberum est, vel pure, vel sub condicione relinquere fideicommissum, vel ex die certo.

Eod. § 3: Restituta autem hereditate, is quidem, qui restituit, nihilominus heres permanet; is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur. § 4: Et Neronis quidem

temporibus, Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut, si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quae jure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Post quod senatusconsultum praetor utiles actiones ei et in eum, qui recipit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit.

Eod. § 5: Sed quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem, aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa: postea, Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso et Pusione consulibus, senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret, quartam partem retinere, atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat, ille autem, qui ex fideicommisso recipit partem hereditatis, legatarii partiarii loco erat, id est ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur; quae species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde, quae solebant stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recipit hereditatem, et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit. — § 6: Sed, si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat, eam sibi suspectam esse, quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut, desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu praetoris adeat et restituat hereditatem, perindeque ei et in eum, qui recipit hereditatem, actiones dentur, ac si juris est ex Trebelliano senatusconsulto. Quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui recipit hereditatem, utroque senatusconsulto in hac specie concurrente.

Eod. § 7: Sed . . . placuit, exploso senatusconsulto Pegasiano quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive penitus nihil, ut tunc, quando vel nihil vel minus quarta

apud eum remaneat, liceat ei vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus.

§ 105.

Mortis causa capio.

Mortis causa capio heifst jeder Erwerb, welcher kraft letzten Willens eines Verstorbenen gemacht wird, insbesondere der Erwerb, welcher nicht die Form des Erbschaftserwerbes oder des Vermächtniserwerbes hat. Zum Beispiel: was condicionis implendae causa empfangen wird (wenn der Erblasser etwa den Maevius zum Erben eingesetzt hatte, unter der Bedingung: si Titio decem dederit).

Auch die mortis causa donatio (oben S. 125) fällt unter den Gesichtspunkt der mortis causa capio. Sie wird zwar nicht aus der Erbschaft, sondern im letzten Moment des Lebens des Verstorbenen erworben, ist daher auch von der Antretung der Erbschaft unabhängig, steht aber doch grundsätzlich unter Vermächtnisrecht. Eine mortis causa donatio wird giltig, auch wenn sie das Schenkungsmafs (oben S. 125) übersteigt, in Codicillarform errichtet (also ohne gerichtliche Insinuation). Sie unterliegt dem Abzug der quarta Falcidia seitens des eingesetzten Erben, und steht auch darin dem Vermächtnis gleich, dafs sie Solvenz der Erbschaft voraussetzt, also nur dann giltig ist, wenn nach Abzug der passiva die entsprechenden activa übrig bleiben.

L. 35 pr. D. de mortis causa don. (39, 6) (Paulus): Senatus censuit, placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret.

Register.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

Grundriß zu Vorlesungen

über

Geschichte und Institutionen

des

römischen Rechts.

Von

Dr. Adolf Exner,
Professor der Rechte in Wien.

Zweite Ausgabe.



Wien 1885.
Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buch'
I. Kohlmarkt 7.

Inhalt.

Einleitung.

I. Hauptheil.

Die Organe der Rechtsbildung in Rom.

A. Uebersicht der römischen Verfassungsentwicklung.

B. Geschichte der Rechtsquellen.

II. Haupttheil.

Das römische Privatrecht in seiner geschichtlichen Entwicklung.

Erstes Kapitel.

Personenrecht.

Die Sklaven.

Zweites Kapitel.

Sachenrecht.

Seite

Der Besitz.

Das Eigenthum.

Rechte an fremder Sache.

I. Die Servituten.

II. Superficies und Emphyteusis.

Drittes Kapitel.

Schuldrecht.

Entstehung der Obligationen.

Die einzelnen Verträge.

Erlöschen der Obligationen.

Viertes Kapitel.

Familienrecht.

I. Die Ehe.

II. Die väterliche Gewalt.

Seite

III. Die Vormundschaft.

Fünftes Kapitel.

Erbrecht.

Die Gesammtnachfolge von Todeswegen. (Lehre von der Erbschaft.)

Delation der Erbschaft.

I. Durch Testament.

Delation der Erbschaft.

II. Durch das Gesetz.

Delation der Erbschaft.

III. Gegen das Testament.

Die Einzelnachfolge von Todeswegen (Lehre vom Vermächtniß).

Sechstes Kapitel.

Schutz der Rechte.

Einleitung.

§. 1.

I. Gegenstand und Zweck der Institutionenvorlesung.

(Inhaltsübersicht.)

§. 2.

II. Grundbegriffe der Rechtswissenschaft.

A. Wesen des Rechtes. (Das Recht als Kulturprodukt. Recht und Staat. Rechtsnorm und Moralgebot.)

α) Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. — Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. (L. 10. Dig. de Just. et Jure, 1, 1.) Ulp.

β) Non omne quod licet honestum est. (L. 144, pr. D. de Reg. Jur. 50, 17.) Paul.

B. Die Rechtsbefugniß (oder das „Recht im subjektiven Sinne").
a) Subjekt der Rechte (Person).
b) Objekt (Sachen, Leistungen).
c) Inhalt.
Rechtspflicht. — Absolute und relative Rechte.

C. Rechtsverhältniß; Rechtsinstitut; Rechtsgeschäft.

§. 3.

D. Hauptarten der Rechtsnormen.

1. Oeffentliches und Privatrecht.

Oeffentliches Recht: 1) Aeußeres (Völkerrecht), 2) Inneres (Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Prozeßrecht, Strafrecht), 3) Kirchenrecht. — Privatrecht: 1) Vermögensrecht, 2) Familienrecht.

α) Hujus studii duae sunt positiones: publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. (L. 1. §. 2. D. de J. et J. 1, 1.) Ulp.

2. Gemeines und partikulares (lokales) Recht.

3. Allgemeines, besonderes und persönliches Recht. (Jus commune, jus singulare, privilegium.)

β) Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem . . . introductum est. (L. 16. D. de legib. 1, 3.) Paul.

γ) Non sunt generalia jussa, neque de universis civibus, sed de singulis concepta; quocirca privilegia potius vocari debent, quia veteres „priva“ dixerunt, quae nos „singula“ dicimus. (Gellius, Noctes Atticae, X, 20. §. 4.)

4. Zwingendes und ergänzendes Recht. (Jus cogens, jus dispositivum.)

δ) Ex pactis conventis . . . alia ad voluntatem . . . alia ad jus pertinent, . . . in quibus non semper voluntas contrahentium servatur. (L. 12. §. 1. D. de pact. dot. 23, 4.) Paul.

ε) Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. (L. 38. D. de pact. 2, 14.) Papin.

5. Positives und „natürliches“ Recht (Naturrecht).

§. 4.

E. Entstehung und Veränderung der Rechtsnormen.

Unbewußte und bewußte Rechtsbildung: Jus non scriptum, jus scriptum.

1. Gewohnheitsrecht. (Kraft und Kriterien desselben.)

α) Jus nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto. — Ex non scripto jus venit, quod usus approbavit; nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur. (§§. 3, 9. I. de j. nat. 1, 2.)

β) Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis. (L. 32. §. 1. D. de leg. 1, 3.) Julian.

2. Gesetztes Recht.

a) Römische Formen der bewußten Rechtsschöpfung:

Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta magistratuum, Responsa prudentium, Constitutiones principum.

b) Gesetzgebung im heutigen Sinne. Publikation der Gesetze. Nicht-Rückwirkung.

γ) Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari: nisi nominatim etiam de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum est. (L. 7. C. de legib. 1, 14.)

3. Rechtsänderung: a) durch gesetzliche Verfügung, b) per desuetudinem.

δ) „Lex posterior derogat priori."

ε) Constitutiones tempore posteriores ~~potiores sunt his~~, quae ipsas praecesserunt. (L. 4. D. de constit. 1, 4.) Mod.

ζ) Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. (L. 32. §. 1. i. fin. D. de legib. 1, 3.) Jul.

F. Die Rechtswissenschaft.

a) Begriff.

η) Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia. (§. 1. I. de J. et J. 1, 1.)

ϑ) Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. (L. 17. D. de leg. 1, 3.) Cels.

b) Aufgaben der Rechtswissenschaft: 1) Feststellung des Rechtes

(Textkritik und Auslegung der Gesetze), 2) Logische Bearbeitung, 3) Fortbildung des Rechtes (Analogie; Juristenrecht; Kritik des Rechtsinhaltes).

III. Vorläufige Uebersicht der Erkenntnißquellen und der Literatur.

§. 5.

Quellen.

1. Originaldenkmäler. (Siehe: Corpus inscriptionum latinarum; Bruns, Fontes juris rom. antiqui, 4. ed. 1879, supplem. 1881.)

2. Reste juristischer Privatliteratur (insbes. Gaji Institutiones, libri IV; Ulpiani Fragmenta; s. unten §. 16).

3. Die Gesetzbücher Justinians (Corpus Juris Civilis, um 530 p. Chr.; s. unten §. 18 f.):

a) Institutiones (4 Bücher, Titel, §§.).

b) Pandectae s. Digesta (50 Bücher, Titel, Fragmente oder Leges, §§.).

c) Codex (12 Bücher, Titel, Constitutionen).

d) Novellae (168 Stück).

§. 6.

Literatur.

a) Lehrbücher der Institutionen.

Puchta, Cursus der Institutionen, 3 Bde. 1841 (9. Aufl. in 2 Bdn., besorgt von Krüger, 1881).

Marezoll, Lehrb. der Institutionen. 11. Aufl. 1881 (besorgt von Schirmer).

Scheurl, Lehrb. der Institutionen. 8. Aufl. 1883.

Müller, Lehrb. der Institutionen. 1859.

Vering, Geschichte und Pandekten des röm. Privatrechts. 4. Aufl. 1875.

Salkowski, Lehrb. der Institutionen. 4. Aufl. 1883.

Hölder, Institutionen des röm. Rechts. 2. Aufl. 1883.

Sohm, Institutionen des röm. Rechts. 1884.

Kuntze, Institutionen und Gesch. des röm. Rechts. 1. Band: Cursus des röm. Rechts; 2. Band: Excurse über röm. Recht. (2. Aufl. 1879, 1880.)

b) Der Rechtsgeschichte.

Erxleben, Lehrb. des röm. Rechts. I. 1854.

Walter, Röm. Rechtsgeschichte. 2 Bde. 3. Aufl. 1860, 1861.

Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte. 2 Bde. 1857—1859.

Danz, Lehrb. der Geschichte des röm. Rechts. 2. Aufl. 1871 bis 1873.

Esmarch, Röm. Rechtsgeschichte. 2. Aufl. 1877—1879.

Padeletti, Lehrb. der röm. Rechtsgeschichte (deutsch von Holtzendorff. 1879.)

Baron, Geschichte des röm. Rechts. 1. Bd. 1884.

Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte. 1. Bd. 1885.

Bruns, in Holtzendorff's Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 4. Aufl. Bd. I., S. 101—160 (1882).

I. Haupttheil.

Die Organe der Rechtsbildung in Rom.

A. Uebersicht der römischen Verfassungsentwicklung.

§. 7.

Die Zeit der Könige.

[Niebuhr, Röm. Geschichte, 1811—1823; Schwegler, Röm. Geschichte I.; Mommsen, Röm. Geschichte I.; Esmarch, Rechtsgeschichte, §§. 1—9; Kuntze, Excurse, S. 47—59.]

1. Ursprung und Urbevölkerung Roms. Ramnes, Tities, Luceres. — Lage der Stadt:

α) Non sine causa dii hominesque hunc urbi condendae locum elegerunt, saluberrimos colles, flumen opportunum, quo ex mediterraneis locis fruges devehantur, quo maritimi commeatus accipiantur; mare vicinum ad commoditates, nec expositum nimia propinquitate ad pericula classium externarum: regionum Italiae medium, ad incrementum urbis natum unice locum. (Liv. V, 54.)

β) Tullus ad Feroniae fanum mercatu frequenti negotiatores Romanos comprehensos querebatur. (Liv. I, 30.)

2. Soziale Gliederung des Volkes: Patroni, clientes; Gentes und Curiae. — Plebs?

Aelteste Verfassung: Königthum, Senat, Comitia curiata.

3. Kultur der Königszeit. [Vgl. Mommsen, I., 1. Kap. XII—XV.]

§. 8.

Die Zeit des Freistaates.

1. Heeresordnung des Servius Tullius. — Gründung der libera respublica: Annua imperia binis imperatoribus.

α) Libertatis autem originem inde magis, quia annuum imperium consulare factum est, quam quod deminutum quidquam sit ex regia potestate numeres. (Liv. II, 1.)

2. Lage der Plebs. Der Ständekampf. Tribuni plebis. — Lex Licinia Sextia (366 a. Chr.); die republikanischen Magistraturen.

β) Exactis deinde regibus Consules constituti sunt duo, penes quos summum jus uti esset, lege rogatum est. . . . Post deinde cum census jam majore tempore agendus esset et consules non sufficerent, huic quoque officio Censores constituti sunt. . . Deinde cum placuisset creari etiam ex plebe consules, coeperunt ex utroque corpore constitui; tunc ut aliquo pluris patres haberent, placuit duos ex numero patrum constitui: ita facti sunt Aediles curules. Cumque consules avocarentur bellis finitimis, neque esset, qui in civitate jus reddere posset, factum est, ut Praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe jus redderet. Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius Praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos jus dicebat. (L. 2. §§. 16, 17, 26, 27, 28, D. de O. J. 1, 2.) Pomp.

3. Der Senat.

γ) Tenuit igitur hoc in statu senatus rempublicam temporibus illis, ut in populo libero pauca per populum, pleraque senatus auctoritate et instituto ac more gererentur. (Cicero de republ. II, 32.)

4. Roms Uebergang zur Weltmacht. Seeherrschaft. Wechselbeziehungen zum hellenischen Orient. (Kuntze, Excurse, S. 195.) — Sozialer Umschwung: Nobilität, Ritterschaft, Proletariat.

5. Italien und die Provinzen. Provinzialmagistratur.

§. 9.

Die heidnische Kaiserzeit.

1. Ursprung und Inhalt des Prinzipats. [Mommsen, Staatsrecht, II, 2.] Proconsulare imperium, censoria, tribunicia potestas. — Lex de imperio; Titulatur. Consilium principis.

2. Der Senat.

α) Tum primum comitia e campo ad patres translata sunt. (Tac. Ann. I, 15. Tiberius.)

3. Die Aemter: Consulat, Prätur, Aedilität. — Praefectus praetorio; Praefectus urbi. — Die kaiserlichen Prokuratoren.

4. Munizipien und Provinzen. Provinciae Caesaris, Provinciae senatus. Kolonien. — Romanisirung, Reichsbürgerthum.

β) In orbe romano qui sunt, ex constitutione imperatoris Antonini [Caracallae] cives Romani effecti sunt. (L. 17. D. de statu hom. 1, 5.) Ulp.

5. Kultur der Zeit. (Vgl. Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms, 3 Thle.)

§. 10.

Die christliche Kaiserzeit, von Konstantin bis Justinian.

1. Der Despotismus als offizielle Regierungsform.

α) Princeps legibus solutus. (L. 31. D. de leg. 1, 3.) Ulp.

β) Imperator, cui ipsas etiam leges Deus subjecit, et quem tamquam vivam legem hominibus misit. (Justin. Nov. 105, c. 2. fin.)

γ) *Βασιλεὺς . . . οὐ μόνον τῆς ἡμετέρας περουσίας, ἀλλὰ καὶ αὐτῶν τῶν σωμάτων ἐστὶ κύριος . . . οὐ γὰρ μισεῖ τινὰ βασιλεὺς, . . . εἰ δὲ τις εὑρεθῇ, τοῖς τελευτῶσι συναριθμήσεται.* (Theophilos, Paraphr. Instit. I, 2, §. 7.)

2. Die Beamtenhierarchie.

[Notitia dignitatum et administrationum omnium in partibus Orientis et Occidentis (um 400 p. Chr.); ed. Böcking, 1839.]

3. Entnationalisirung und Theilung des Reiches.

B. Geſchichte der Rechtsquellen.

§. 11.

Ueberſicht.

1. Jus scriptum und non scriptum.

α) Scriptum autem jus est lex, plebiscitum, senatusconsultum, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium. (§. 3. J. de j. nat. 1, 2.)

β) Sine scripto jus venit, quod usus approbavit. (§. 9. J. eod.)

γ) His legibus [scil. XII. tabularum] latis coepit, (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem), necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc jus, quod sine scripto venit compositum a prudentibus . . . communi nomine appellatur jus civile. . . . Ita in civitate nostra . . . est proprium jus civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit. (L. 2. §. 5, 12, D. de O. J. 1, 2.) Pomp.

2. Jus civile und jus honorarium (praetorium).

δ) Praetorum quoque edicta non modicam obtinent juris auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus appellare, quod qui honores gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant et Aediles curules edictum de quibusdam causis, quod et ipsum juris honorarii portio est. (§. 7. J. de j. nat. 1, 2.)

3. Jus civile und jus gentium (Nationales Sonderrecht und allgemeines Verkehrsrecht). Jus naturale.

ε) Privatum jus tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus. — Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. . . . Hinc descendit maris atque feminae conjunctio quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio. (L. 1. §§. 2, 3. D. de J. et J. 1, 1.) Ulp.

ζ) Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud

omnes populos peraeque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. (Gajus I, 1.)

§. 12.

Leges und Plebiscita.

1. Begriff.

α) Lex est, quod populus Romanus jubet atque constituit. (Gaj. I, 3.)

β) Lex est, quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante, veluti Consule, constituebat. (§. 4. J. de j. nat. 1, 2.)

γ) Plebiscitum est, quod plebs jubet atque constituit. Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur; unde olim patricii dicebant, plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent; itaque eo modo legibus exaequata sunt. (Gaj. I, 3.)

2. Entstehung der Leges. (L. Caecilia Didia, a. 97 v. Chr.)

Legem ferre (Lator legis; Senatus auctoritas). — Promulgatio per trinundinum; Contiones. — Rogatio und Abstimmung (leges tabellariae). Publikation.

δ) Promulgari leges dicuntur, cum primum in vulgus edantur, quasi provulgari. (Festus, h. v.)

ε) Cum populo agere est: rogare quid populum, quod suffragiis suis aut jubeat, aut vetet. Contionem autem habere est: verba facere ad populum sine ulla rogatione. . . . Multi magistratus simul contionem habere possunt. (Gell. noct. Att. XIII, 15.)

ζ) Sententia legis Caeciliae et Didiae haec est, ne populo necesse sit, in conjunctis rebus compluribus aut id quod nolit accipere, aut id quod velit repudiare. (Cic. pro domo c. 20.)

η) „Satura" et cibi genus ex variis rebus conditum est, et lex multis aliis rebus conferta. (Festus, h. v.)

3. Inhalt und Benennung der Gesetze. Sanctio legis.

§. 13.

Einzelne wichtige Leges und ihre Ueberlieferung.

1. Leges regiae?

α) Omnes (leges regiae) conscriptae exstant in libro Sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus Superbus Demarati Corinthii filius, ex principalibus viris; is liber . . . appellatur Jus civile Papirianum. (L. 2. §. 2. D. de O. J. 1, 2.) Pomp.

Beispiele (Numa Pompilius):

β) Vino rogum ne spargito. (Plin. h. n. 14, 12.)

γ) Si hominem fulmen Jovis occisit, ne supra genua tollitor. Homo si fulmine occisus est, ei justa nulla fieri oportet. (Fest. v. occisum.)

2. Lex XII. Tabularum. a. 450 a. Chr.

[Bruns, Fontes, p. 14 sq. Esmarch, Röm. Rechtsgeschichte, §. 15 f. Kuntze, Excurse, S. 132—153.]

a) Entstehungsgeschichte. [Liv. III, 9, 10; 31—34; Pomp. L. 2. §. 4. sq. D. de O. J. 2, 1.]

b) Inhalt. Politische und juristische Bedeutung. — Interpretatio. (Vgl. §. 11, sub γ.)

δ) Centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatae sunt, qui nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatique est juris. (Liv. III, 34.)

c) Form und Ueberlieferung. [Schoell, legis XII. tab. Reliquiae, 1866. M. Voigt, Die XII Tafeln, 1883.]

Beispiele:

ε) Si in jvs vocat ito. Ni it, antestamino: igitvr em capito. Si calvitvr pedemve strvit, manvm endo jacito. Si morbvs aevitasve vitivm escit, qvi in jvs vocabit jvmentvm dato. Si nolet, arceram ne sternito. (Porphyrio, ad Horat. sat. 1, 9, 76; Gell. N. A. XX, 1. §. 25.)

ζ) Aeris confessi rebvsqve jvre jvdicatis XXX dies jvsti svnto. Post deinde manvs injectio esto. In jvs dvcito. Ni jvdicatvm facit avt qvis endo eo in jvre vim dicit, secvm dvcito, vincito avt nervo avt compedibvs XV pondo, ne minore [majore] avt si volet majore [minore] vincito. Si volet svo vivito. Ni svo vivit, qvi evm vinctvm habebit libras farris

ENDO DIES DATO. SI VOLET PLVS DATO. (Gell. N. A. XX, 1. §§. 42—45.)

η) UTI LEGASSIT SVPER PECVNIA TVTELAVE SVAE REI, ITA JVS ESTO. SI INTESTATO MORITVR, CVI SVVS HERES NEC ESCIT, ADGNATVS PROXIMVS FAMILIAM HABETO. SI ADGNATVS NEC ESCIT, GENTILES FAMILIAM HABENTO. (Ulp. Fragm. XI, 14; XXVI, 1.)

ϑ) SI MEMBRVM RVPIT, NI CVM EO PACIT, TALIO ESTO. MANV FVSTIVE SI OS FREGIT LIBERO, CCC, [SI] SERVO, CL POENAM SVBITO. SI INJVRIAM FAXSIT, XXV POENAE SVNTO. (Gell. XX, 1. §§. 12, 14; Coll. leg. Mos. II, 5, 5.)

3. Die „Leges novae".

L. Julia de adulteriis (a. 16. a. Chr.); L. Julia de maritandis ordinibus (a. 16. a. Chr. — 4. p. Chr.); L. Papia Poppaea (a. 9. p. Chr.). — Das Jus liberorum; Strafen gegen caelibes und orbi; Caduca.

4. Gesetze zur Organisirung der Munizipalverwaltung:

Lex Rubria de Gallia cisalpina (a. 48.—41. a. Chr.).

Lex Julia municipalis (von J. Caesar, a. 44. a. Chr.).

5. Einzelne Stadtrechte:

Lex Ursonensis, s. Coloniae Juliae Genetivae (a. 43. a. Chr.).

Lex Salpensana }
Lex Malacitana } (81.—84. p. Chr.).

§. 14.

Senatusconsulta.

1. Wesen und Zusammensetzung des Senates.

2. Wirkungskreis.

α) Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit; idque legis vicem obtinet, quamvis fuerit quaesitum. (Gaj. I, 4.)

β) Non ambigitur senatum jus facere posse (L. 9. D. de legib. 1, 3.) Ulp.

3. Geschäftsordnung.

Referre ad senatum. (Oratio principis.) Debatte und Abstimmung. Form der Beschlüsse (Senatusconsultum, Senatus auctoritas); Acta (gesta) senatus. —

Beispiele:

γ) St. de Bacchanalibus. A. 185. a. Chr. [Bruns, Fontes, p. 145.]

Q. Marcivs, L. f., S. Postvmivs, L. f. cos. senatvm consvlvervnt n. Octob. apvd aedem Dvelonai. Sc. arf. M. Clavdi. M. f., L. Valeri., P. f., Q. Minvci. C. f. De bacanalibvs, qvei foideratei esent, ita exdeicendvm censvere: „neqvis eorvm bacanal habvise velet“ . . . . . . Senatvosqve sententiam vtei scientes esetis, eorvm sententia ita fvit: „sei qves esent, qvei arvorsvm ead fecisent, qvam svprad scriptvm est, eeis rem capvtalem faciendam censvere.“ Atqve vtei hoce in tabolam ahenam inceideretis, ita senatvs aiqvom censvit, vteiqve eam figier jovbeatis, vbei facilvmed gnoscier potisit; atqve vtei ea bacanalia sei qva svnt, extrad qvam sei qvid ibei sacri est, ... in diebvs X, qvibvs vobeis tabelai datai ervnt, faciatis vtei dismota sient.

δ) St. Vellejanum, a. 46. p. Chr. (L. 2. §. 1. D. ad St. V. 16, 1.)

Qvod Marcvs Silanvs et Veleivs Tvtor consvles verba fecervnt de obligationibvs feminarvm qvae pro aliis reae fierent, qvid de ea re fieri oportet, de ea re ita censvere: Qvod ad fideivssiones et mvtvi dationes pro aliis, qvibvs intercesserint feminae, pertinet, — tametsi ante videtvr ita jvs dictvm esse, ne eo nomine ab his petitio (sit) neve in eas actio detvr, cvm eas virilibvs officiis fvngi et ejvs generis obligationibvs obstringi non sit aeqvvm, — arbitrari senatvm: recte atqve ordine factvros ad qvos in ea re in jvre aditvm erit, si dederint operam, vt in ea re senatvs volvntas servetvr.

§. 15.

Edicta magistratuum.

1. Wesen der römischen Magistratur. [Kuntze, Excurse, S. 125.] Machtfülle und Verantwortlichkeit der Beamten. — Recht und Pflicht zum Erlaß von Edikten; edicta repentina und perpetua.

2. Das Edictum perpetuum des Stadtprätors, des praetor peregrinus und der Provinzialverwalter; Edikt der kurulischen Aedilen.

α) Eodem tempore et magistratus jura reddebant et ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque prae-

munirent, edicta proponebant. Quae edicta praetorum jus honorarium constituerunt; honorarium dicitur, quod ab honore praetoris venerat. (L. 2. §. 10. D. de O. J. 1, 2.) Pomp.

β) Edicta sunt praecepta eorum, qui jus edicendi habent. Jus autem edicendi habent magistratus populi Romani, sed amplissimum jus est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis jurisdictionem praesides earum habent; item in edicto aedilium curulium. (Gaj. I, 6.)

3. Zweck und Ansehen des prätorischen Ediktes.

γ) Praetoris edictum legem annuam dicunt esse. (Cic. in Verr. II, 1, 42.)

δ) Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam. (Papin. L. 7. §. 1. D. de J. et J. 1, 1.) Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis. (L. 8. eod. Marcian.)

4. Aeußere Form und innere Anordnung. — Edictum tralatitium, Novae clausulae. Rubricae. — System.

5. Hadrians Redaktion des Ediktes. Edictum provinciale. Die Ediktsliteratur.

ε) Salvius Julianus, qui sub divo Hadriano perpetuum composuit edictum. (Eutrop. VIII, 9.)

6. Restitutionsversuche. [Rudorff, De jurisdictione Edictum, 1869; Lenel, Das Edictum perpetuum, 1883.]

Beispiele:

ζ) Ne qvid infamandi cavsa fiat. Si qvis adversvs ea fecerit, provti qvaeqve res erit, animadvertam. (L. 15. §. 25. D. de injur. 47, 10.) Vgl. oben §. 13, ϑ.

η) Si qvis evm, apvd qvem alea lvsvm esse dicetvr, verberaverit damnvmve ei dederit, sive qvid eo tempore e domo ejvs svbtractvm est, jvdicivm non dabo. (L. 1. pr. D. de aleat. 1, 15.)

§. 16.

Responsa prudentium und die römische Jurisprudenz.

1. Anfänge. — Rechtskunde der Pontifices. Oeffentliche Rechtspraxis zum gemeinen Wohl. Konsultationen.

α) Respondebant, scribebant, cavebant. (Cic. pro Mur. 9.)

2. Entwickelung der Jurisprudenz zur Wissenschaft und zum Lebensberuf im Zeitalter des Augustus. — Antistius Labeo [vgl. Kuntze, Excurse, S. 334] und Atejus Capito; die beiden Schulen der Proculejaner und Sabinianer [Kuntze, S. 318]; Anfänge des jus respondendi.

β) Post hunc (Tuberonem) maximae auctoritatis fuerunt Atejus Capito, qui Ofilium secutus est, et Antistius Labeo, qui omnes hos audivit, institutus est autem a Trebatio. Ex his Atejus consul fuit: Labeo noluit, cum offerretur ei ab Augusto consulatus, quo suffectus fieret, honorem suscipere, sed plurimam studiis operam dedit; et totum annum ita diviserat, ut Romae sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet et conscribendis libris operam daret. Itaque reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur. Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt: nam Atejus Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat, Labeo, ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit. Et ita Atejo Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva. . . . Nervae successit Proculus. (L. 2. §. 47, 48. D. de O. J., 1, 2.) Pomp.

γ) Primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate ejus responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. (L. 2, §. 49. eod.) Pomp.

3. Das Zeitalter der klassischen Jurisprudenz (von Hadrian, † a. 138, bis Alexander Severus, † a. 235). Julian, Gajus, Papinian, Paulus, Ulpian.

δ) Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi. Idque rescripto divi Hadriani significatur. (Gaj. I, 7.)

ε) Z. B.: Papinianus libro II. Responsorum: Debitor usurarius creditori pecuniam obtulit et eam, cum accipere noluisset, obsignavit ac deposuit: Ex eo die ratio non habebitur usurarum. (L. 7. D. de usur. 22, 1.)

4. Bildung und Sprache der klassischen Juristen [vgl. Kuntze, Excurse, S. 340]. Hauptformen ihrer Werke: a) Exegetische (zu

Gesetzen oder Autoren); b) dogmatische (Systeme oder Monographien); c) praktisch-kasuistische (Responsa, quaestiones, disputationes etc.).

5. Gebrauch dieser Schriften in den Gerichten; das sogenannte Citirgesetz von Theodosius II. a. 426.

6. Ueberreste der Juristenliteratur [vgl. Huschke, Juris prudentia antejustiniana, 4. ed. 1879]; insbesondere:

a) Die Institutionen des Gajus.

b) Die Ulpianischen Fragmente.

c) Des Paulus Sententiae (s. g. sententiae receptae).

d) Die sogenannten Fragmenta Vaticana (um 400 p. Chr.).

e) Die Lex Dei, oder Collatio legum Mosaicarum et Romanarum (um 500 p. Chr.).

§. 17.

Constitutiones principum.

1. Begriff und Arten; Edicta, mandata, decreta, rescripta (per epistolam, per subscriptionem).

α) Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. Quodcunque igitur imperator per epistolam et subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est, vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus. (L. 1 pr. §. 1. D. de const. princ. 1, 4.) Ulp.

β) Z. B.: Imp. Constantinus A. Ursino, duci Mesopotamiae. Si quis post hanc sanctionem in orbe Romano eunuchos fecerit, capite puniatur; mancipio tali nec non etiam loco, ubi hoc commissum fuerit domino sciente et dissimulante, confiscando. D. VI. K. Mart. (L. 1. C. de eunuch. 4, 42.)

γ) Impp. Severus et Antonius AA. Firmo. Scire debes privilegium dotis, quo mulieres utuntur in actione de dote, ad heredes non transire. PP. K. Maj. Pompejano et Avito conss. (a. 209. L. un. C. de priv. dot. 7, 74.)

2. Constitutionensammlungen. Codex Gregorianus, Hermogenianus (Ende des 3. Jahrh.); Codex Theodosianus, a. 438.

§. 18.

Justinians Gesetzgebung. Uebersicht.

1. Einleitung: Zustand der Rechtsquellen im westlichen Reich. Die Codificationen der Germanenkönige um d. J. 500: Lex romana Wisigothorum (= edictum Alarici regis); L. rom. Burgundionum; Edictum Theodorici.

2. Justinianus imperator (527—565). Zeitfolge seiner Kodifikationen:

a. 528. Kommission zur Abfassung des (ersten) Codex; const. „Haec quae necessario“.

a. 529. Publikation dieses Codex; const. „Summa reipublicae“.

a. 530. Auftrag an Tribonianus zur Abfassung der Pandekten und Institutionen; const. „Deo auctore“.

a. 533. Publikation der Institutionen; const. „Imperatoriam majestatem“ (prooemium institutionum). — Publikation der Pandekten; const. „Tanta“. — Studienordnung; const. „Omnem reipublicae“. — Die 50 decisiones.

a. 534. Auftrag zur Codexrevision; Publikation des Codex repetitae praelectionis; const. „Cordi nobis“.

a. 535—565. Novellae constitutiones Justiniani.

§. 19.

Die Institutionen und die Pandekten insbesondere.

A. Die Institutionen.

1. Plan und Ausführung; Tribonian, Theophilus, Dorotheus; — 4 Bücher, Titel, §§.

α) Igitur . . . . in hos quatuor libros easdem institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimae scientiae prima elementa, in quibus breviter expositum est et quod antea obtinebat, et quod postea desuetudine inumbratum ab imperiali remedio illuminatum est (const. Imperatoriam, §§. 4, 5).

2. System: personae, res, actiones. (Die Paraphrase des Theophilus. (?) — Citirung: pr. I. de usufr. (2, 4.)

B. Die Pandekten oder Digesten.

1. Aeußere Eintheilung: 50 Bücher, Titel, fragmenta (oder Leges), pr., §§. — Die 7 Partes.

2. Die Fragmente; Inscriptio. Interpolationen.

3. Anordnung des Stoffes a) im Ganzen: Institutionensystem, Ediktssystem; Anhang über öffentl. Recht; — b) in den einzelnen Titeln: Sabinusmasse, Ediktsmasse, Papiniansmasse.

4. Citirung. Z. B. L. 9. §. 1. D. de furtis (47, 2); = fr. 9, §. 1. de furt. — Oder L. 17. pr. D. de leg. II; = fr. 17. pr. D. 31.

§. 20.

Der Codex und die Novellen.

A. Der Codex repetitae praelectionis.

1. Gliederung: 12 Bücher, Titel, Constitutiones (Leges) von Hadrian bis Justinian. Inscriptio, subscriptio; §§.

2. Inhalt: Privatrecht nach dem Ediktssystem (lib. 1—8); öffentliches Recht (lib. 9—12).

Citirung: L. 29. §. 1. C. de pactis, 2, 3; = c. 29, §. 1. de pact.

B. Die Novellen.

1. Form: Constitutiones edictales; Praefatio, Epilogus; Kapitel.

2. Privatsammlungen: a) Epitome Juliani (125 Stück), b) Liber Authenticorum (134), c) die Sammlung der 168 Novellen.

Anhang: Wiederholungen, Widersprüche (Antinomien) und Lücken im Corpus Juris.

§. 21.

Weitere Schicksale der Justinianischen Rechtsbücher.

A. Im Orient. Griechische Auszüge, Glossen, Paraphrasen. Die Basiliken (60 Bücher) um a. 890.

B. Im Occident.

1. Publikation der Rechtsbücher a. 554. Rechtsschulen zu Rom und Ravenna. — Das römische Recht im frühen Mittelalter.

2. Die Glossatorenschule zu Bologna (1100—1250). Warnerius und die 4 Doctores. — Digestum vetus, Infortiatum, Digestum novum. Authentiken. Glossae (interlineares, marginales), Summae, Brocardica. — Die Glossa ordinaria (s. magistralis) des Accursius, um 1250. — Postglossatoren.

3. Die Reception der Justinianischen Rechtsbücher in Deutschland (XIII.—XV. Jahrh.). — Wege, Ursachen und Umfang der Reception. (Reception „in complexu". — „Quod non agnoscit glossa, nec agnoscit curia.") „Gemeines" Recht.

4. Behandlung des Corpus Juris durch die Schule der „eleganten Jurisprudenz" (Jacobus Cujacius, † 1590, Hugo Donellus, † 1591); die „Praktiker" des XVII. und XVIII. Jahrh.; die deutsche „historische Schule" (Savigny, † 1861).

5. Beseitigung des gemeinen Rechts durch die modernen Gesetzbücher: Das preuß. allgem. Landrecht (1794), le Code civil (Napoleon, 1804), das österr. allgem. bürgl. Gesetzbuch (1811).

6. Anhang. Die wichtigsten gedruckten Ausgaben des Corpus J. C. und ihre handschriftlichen Grundlagen.

a) Glossirte; insbes. cura Antonii Contii, Paris 1576, 5 vol. fol.; cura Jo. Fehii, Lugd. 1627, 6 vol. fol.

b) Mit sachlichen Anmerkungen; insbes. cum notis Dionysii Gothofredi, Lugd. 1583, 1 vol. 4°; dasselbe cura Sim. van Leeuwen, Amst. 1663 fol. und öfter.

c) Mit kritischen Noten; insbes. ex recens. Gregor. Haloandri, Norimb. 1529, 1530; von Gebauer und Spangenberg, Göttingen 1776—1797, 2 Bde. 4°; von Mommsen und Krüger, Berlin 1868 f.

d) Bloßer Text (mit oder ohne varia lectio); insbes.: die Elzevir'schen Handausgaben Amstelaedami 1664 und später, 1 vol. 8°; C. J. C. ed. Beck, 1825—1836, 5 vol. 8°; C. J. C. ed. fratres Kriegel, 1828—1843, 4°. u. a. m.

e) Deutsche Uebersetzung des C. J. C. von Otto, Schilling und Sintenis. Leipz. 1830—1834, 7 Bde.

II. Haupttheil.

Das römische Privatrecht in seiner geschichtlichen Entwicklung.

Erstes Kapitel.

Personenrecht.

§. 22.

Persona. Rechts- und Handlungsfähigkeit.

[Inst. tit. de jure person. 1, 3.]

1. Begriff der Person. Natürliche und „juristische" Personen.

2. Anfang und Ende der natürlichen Personen.

α) „Nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de ejus commodo quaeritur" (cf. L. 7. D. de statu hom. 1, 5).

3. Handlungsfähigkeit; Beschränkungen. (Geschlecht, Alter, Gesundheit.)

4. Rechtsfähigkeit. Stufen derselben: die drei Status.

β) Tria sunt quae habemus: libertatem, civitatem, familiam. (L. 11. D. de capit. min. 4, 5.) Paul.

§. 23.

I. Der Status libertatis.

(Ingenui, libertini, servi.)

Die Sklaven.

1. Begriff des Sklaven.

α) Et quidem summa divisio de jure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi. (Gaj. I, 9.)

β) In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcunque per servum adquiritur, id domino adquiritur. (Gaj. I, 52.)

γ) Mancipi res sunt . . . servi et quadrupedes. (Ulp. Fragm. XIX, 1.)

δ) Servus nullum caput habet. (§. 4. I. de cap. min. 1, 16.)

ε) Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur, non tamen et jure naturali: quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt. (L. 32. D. de R. J. 50, 17.) Ulp.

ζ) Nec servus quidquam debere potest, nec servo potest deberi. Sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem. (L. 41. D. de pecul. 15, 1.) Ulp.

η) In servorum conditione nulla differentia est. (§. 5. J. de jure pers. 1, 3.)

2. Entstehung der servitus.

ϑ) Servi autem aut nascuntur aut fiunt: nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut jure gentium i. e. ex captivitate, aut jure civili. (§. 4. I. de jure pers. 1, 3.)

A. Durch Geburt.

ι) Partus sequitur matrem. (Ulp. Fragm. V, 9.)

κ) Ex ancilla et libero jure gentium servus nascitur, et ex libera et servo liber nascitur. (Gaj. I, 82.)

λ) Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur,

liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in utero est (pr. J. de ingenius, 1, 4.).

B. Durch Gefangenschaft.

μ) Servi autem ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere jubent ac per hoc servare, nec occidere solent: qui etiam mancipia dicti sunt, quod ab hostibus manu capiuntur. (§. 3. I. de jure pers. 1, 3.)

C. Durch civile Strafsatzung. (Servi poenae.)

ν) Servi autem poenae efficiuntur, qui in metallum damnantur et qui bestiis subjiciuntur. (§. 3. I. quib. mod. jus pot. 1, 12.)

ξ) Servi ... fiunt jure civili: cum homo liber major XX annis ad pretium participandum sese venumdari passus est. (§. 4. I. de jure pers. 1, 3.)

ο) Si mulier ingenua civisque Romana vel Latina alieno se servo conjunxerit, si quidem invito et denunciante domino in eodem contubernio perseveraverit, efficitur ancilla. (Paulus S. R. II. 21 a. §. 1.)

π) Conventio privata neque servum quemquam, neque libertum alicujus facere potest. (L. 37. D. de lib. causa. 40, 12.) Callistr.

3. Endigung der servitus.

A. Durch Postliminium.

ϱ) Postliminii jus competit . . . in bello, cum hi qui nobis hostes sunt aliquem ex nostris ceperunt et intra praesidia sua duxerunt: nam si ... is reversus fuerit, postliminium habet i. e. perinde omnia restituuntur ei jura, ac si captus ab hostibus non esset. (L. 5. §. 1. D. de captiv. 49, 15.) Pomp.

B. Durch Freilassung (manumissio).

a) Förmliche Freilassungen (justae et legitimae manumissiones):

aa) Vindicta.

σ) Vindicta manumittuntur apud magistratum populi, velut consulem praetoremve vel proconsulem. (Ulp. Fr. I, 7.)

τ) Non est omnino necesse pro tribunali manumittere; itaque plerumque in transitu servi manumitti solent, cum aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodierit praetor aut proconsul legatusve Caesaris. (L. 7. D. de manum. vind. 40, 2.) Gaj.

bb) Censu.

υ) Censu manumittebantur olim, qui lustrali censu Romae

jussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur. (Ulp. Fragm. I, 8.)

cc) Testamento.

φ) Justa libertas testamento potest dari his servis, qui . . . testamenti faciendi et mortis tempore ex jure Quiritium testatoris fuerunt. (Ulp. I, 23.)

χ) Libertas et directo potest dari hoc modo: „liber esto", „liber sit", „liberum esse jubeo", et per fideicommissum utputa: „Rogo, fidei committo heredis mei, ut Stichum servum manumittat." Is qui directo liber esse jussus est, testatoris vel orcinus fit libertus; is autem cui per fideicommissum data est libertas, non testatoris sed manumissoris fit libertus. (Ulp. II. 7, 8.)

ψ) Qui sub conditione testamento liber esse jussus est, statuliber appellatur, quia quamdiu pendet conditio servus heredis est, cum extitit statim liber est. Statuliber, seu alienetur ab herede seu usu capiatur ab aliquo, libertatis conditionem secum trahit. (Ulp. II, 1—3.)

dd) In sacrosanctis ecclesiis.

ω) Qui religiosa mente in ecclesiae gremio servulis suis meritam concesserint libertatem, eandem eodem jure donasse videantur, quo civitas Romana solemnitatibus decursis dari consuevit. Sed hoc dumtaxat eis, qui sub adspectu antistitum dederint, placuit relaxari. (L. un. pr. C. Theod. de manum. in ecc. 4, 7.) Constantinus.

b) Formlose Freilassungen (manumissio per epistolam, inter amicos etc.). — Lex Junia Norbana (a. 19. p. Chr.?).

αα) Hi autem, qui domini voluntate in libertate erant, manebant servi: et si manumissores ausi erant, in servitutem denuo eos per vim redigere, interveniebat praetor et non patiebatur manumissum servire. . . . Sed nunc habent propriam libertatem inter amicos manumissi et fiunt Latini Juniani, quoniam lex Junia, quae libertatem eis dedit, exaequavit eos Latinis coloniariis. (Dositheus, Fragm. 5, 6.)

4. Gesetzliche Beschränkungen der Sklavenfreilassung.

a) Nach der Lex Aelia Sentia (a. 4. p. Chr.).

ββ) Non tamen cuicumque volenti manumittere licet: nam is

qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem (pr. J. quib. ex c. 1, 6.).

γγ) Item eadem lege minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam vindicta, si apud consilium justa causa manumissionis adprobata fuerit. (Gaj. I, 38.)

δδ) Quod autem de aetate servi requiritur, lege Aelia Sentia introductum est: nam ea lex minores XXX annorum servos non aliter voluit manumissos cives Romanos fieri, quam si vindicta, apud consilium justa causa manumissionis adprobata, liberati fuerint. (Gaj. I, 18.)

b) Nach der Lex Fufia Caninia.

εε) Lex Fufia Caninia jubet testamento ex tribus servis non plures quam duos manumitti; et usque ad X dimidiam partem manumittere concedit etc. (Ulp. I, 24.)

5. Wirthschaftliche Bedeutung der Sklaven. (Vertretung im Erwerb; Peculium.)

ζζ) Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest. (L. 133. D. de R. J. 50, 17.) Gaj.

ηη) Peculium autem Tubero sic definit ut Celsus refert: quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur. (L. 5. §. 4. D. de pecul. 15, 1.)

6. Der Colonat.

ϑϑ) ... Licet condicione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt, aestimentur. . . . (L. 1. C. de col. Thrac. 11, 52. Theodos. II.

§. 24.

Freigeborene und Freigelassene. Patronatsrecht.

[I. tit. de ingenuis 1, 4; de libertinis 1, 5; Gaj. I. 10—48.]

1. Politische Zurücksetzung der Freigelassenen.

2. Unterwerfung unter das Jus Patronatus. Inhalt desselben:

a) Obsequium et reverentia.

α) Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet. (L. 9. D. de obsequ. 37, 15.) Ulp.

β) Ingratus libertus est, qui patrono obsequium non praestat, vel res ejus filiorumve tutelam administrare detrectat. (L. 19. D. de jure patr. 37, 14.) Paul.

γ) Levem coercitionem ... patrono adversus libertum dabimus. (L. 7. §. 2. D. de injur. 47, 10.) Ulp.

b) Operae fabriles, officiales.

δ) Tales patrono operae dantur, quales ex aetate dignitate valetudine necessitate proposito ceterisque ejus generis in utraque persona aestimari debent. (L. 16. §. 1. D. de oper. libert. 38, 1.) Paul.

ε) Fabriles operae ceteraeque, quae quasi in pecuniae praestatione consistunt, ad heredem transeunt; officiales vero non transeunt. (L. 6. D. eod.) Ulp.

ζ) Quae onerandae libertatis causa stipulatus sum, a liberto exigere non possum; onerandae autem libertatis causa facta bellissime ita definiuntur, quae ita imponuntur, ut si patronum libertus offenderit, petantur ab eo, semperque sit metu exactionis ei subjectus, propter quem metum quodvis sustineat patrono praecipiente. (L. 1. §. 5. D. quar. rer. act. 44, 5.) Ulp.

c) Unterstützungspflicht.

η) Egentem patronum libertus . . . alere cogendus est pro modo facultatum suarum. (Paul. S. R. II, 32.)

d) Erb- und Vormundschaftsrecht des Patrons.

ϑ) Libertorum intestatorum hereditas primum ad suos heredes pertinet; deinde ad eos, quorum liberti sunt, velut patronum, liberosve patroni. (Ulp. Fr. XXVII, 1.)

ι) Tutela legitima, quae patronis defertur e lege XII tab.... per consequentias hereditatium, quae ex ipsa lege patronis datae sunt. (L. 3. pr. D. de legit. tut. 26, 4.) Ulp.

3. Erwerb der Ingenuität: a) Restitutio natalium, b) Jus aureorum annulorum.

κ) Jus aureorum annulorum ingenuitatis imaginem praestat, salvo jure patronorum patronique liberorum. (Vat. Fr. 226.)

§. 25.

II. Der Status civitatis (Cives, Latini, Peregrini).

1. Inhalt der Civität (optimo jure): Jus honorum, jus suffragii, connubium, commercium.

2. Die Latinität.

a) Latini im alten Sinne.

b) Latini coloniarii.

α) Cives romani ingenui . . . ex urbe Roma in Latinas colonias deducti, Latini coloniarii esse coeperunt. (Gaj. III, 56.)

c) Latini Juniani. (Vgl. oben §. 23, *αα*.)

3. Peregrini.

β) Hostis enim apud majores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus; indicant XII tabulae, ut: STATVS DIES CVM HOSTE itemque: ADVERSVS HOSTEM AETERNA AVCTORITAS. (Cic. de off. I. 12, 37.)

γ) Vocantur autem peregrini dediticii hi, qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, deinde victi se dediderunt. (Gaj. I, 14.)

δ) Pessima itaque libertas eorum est, qui dediticiorum numero sunt; nec ulla lege aut senatusconsulto aut constitutione principali aditus illis ad civitatem Romanam datur. (Gaj. I, 26.)

§. 26.

III. Der Status familiae (homines sui juris, alieni juris).

[J. tit. de his qui sui vel alieni juris sunt, 1, 8; Gaj. I, 48—55.]

1. Begriff der römischen familia. Pater familias.

α) Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectae, utputa patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias ... Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat; non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus: denique et pupillum patremfamilias appellamus. (L. 195. §. 2. D. de V. S. 50, 16.) Ulp.

β) Mulier autem familiae suae et caput et finis est. (L. 195. §. 5. D. eod.) Ulp.

2. Arten der Hausgewalt:

a) Patria potestas.

b) Manus.

c) Mancipium.

γ) Quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juri subjectae.... Sed rursus earum personarum, quae alieno juri

subjectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt. (Gaj. I, 48, 49.)

3. Inhalt der Hausgewalt.

a) Hinsichtlich der Person.

δ) Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos justis nuptiis procreavimus. Quod jus proprium civium Romanorum est: fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus. (Gaj. I, 55.)

ε) Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem. (Collat. Leg. Mos. IV, 8.)

b) Hinsichtlich des Vermögens.

ζ) Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. (Gaj. II, 87.)

η) Per eas personas, quas in manu mancipiove habemus proprietas adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos, qui in potestate nostra sunt. (Gaj. II, 90.)

c) Uebertragbarkeit der Gewalt.

ϑ) Omnes igitur liberorum personae . . . mancipari eodem modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt. Idem juris est in eorum personis, quae in manu sunt. (Gaj. I, 117, 118.)

ι) Is ... quem pater ex noxali causa mancipio dedit, veluti quod furti ejus nomine damnatus est, et eum mancipio actori dedit; nam hunc actor pro pecunia habet. (Gaj. I, 140.)

§. 27.

Die Familie im weiteren Sinne. (Cognaten- und Agnatenfamilie.)

[I. tit. de gradibus cognationum 3, 6.]

1. Familia im weiteren Sinne als Verwandtenkreis.

α) Familiae appellatio refertur et ad corporis cujusdam significationem, quod aut jure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. (L. 195. §. 2. D. de V. S. 50, 16.) Ulp.

2. Natürliche Verwandtschaft (Cognatio).

β) Item appellatur familia plurium personarum, quae ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur, sicuti dicimus familiam Juliam. (L. 195. §. 4. D. eod.) Ulp.

a) Geradlinige Verwandtschaft (Ascendenten und Descendenten).

b) Seitenverwandtschaft (Linea obliqua).

c) Vollbürtige, halbbürtige Verwandtschaft (Consanguinei, uterini).

γ) Consanguinei sunt eodem patre nati, licet diversis matribus. (Coll. Leg. XVI, 3.)

d) Einfache, mehrfache Verwandtschaft.

e) Grade der Verwandtschaftsnähe.

δ) „Tot gradus, quot generationes."

f) Eheliche, außereheliche Verwandtschaft. Vermuthung der ehelichen Geburt.

ε) (Mater) semper certa est, etiamsi vulgo conceperit. Pater vero is est, quem nuptiae demonstrant. (L. 5. D. de in jus voc. 2, 4.) Paul.

ζ) Quos mater vulgo concepit,... hi patrem habere non intelliguntur, cum is incertus sit; unde solent spurii filii appellari, vel a Graeca voce quasi σποράδην concepti, vel quasi sine patre filii. (Gaj. I, 64.)

3. Civile Verwandtschaft (Adgnatio).

a) Begriff.

η) Cognationis substantia bifariam apud Romanos intelligitur: nam quaedam cognationes jure civili, quaedam naturali connectuntur; nonnumquam utroque jure concurrente, et naturali et civili copulatur cognatio.... Sed naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur; civilis autem cognatio ... proprie adgnatio vocatur, videlicet quae per mares contingit. (L. 4. §. 2. D. de grad. 38, 10.) Mod.

ϑ) Communi jure familiam dicimus omnium adgnatorum; nam etsi patrefamilias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabuntur, quia ex eadem domo et gente proditi sunt. (L. 195. §. 3. D. de V. S. 50, 16.) Ulp.

ι) Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus,

fratris filius, neposve ex eo, item patruus et patrui filius et nepos ex eo. (Gaj. I, 156.)

b) Verhältniß zur Cognation.

κ) Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem; nam qui est adgnatus, et cognatus est non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est: alterum enim civile, alterum naturale nomen est. (L. 10. §. 4. D. de gradib. 38, 10.) Ulp.

λ) Sed agnationis quidem jus capitis deminutione perimitur, cognationis vero eo modo non commutatur; quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest. (Gaj. I, 158.)

4. Schwägerschaft (Adfinitas).

μ) Affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit; namque conjungendae affinitatis causa fit ex nuptiis. (L. 4. §. 3. D. de grad. 38, 10.) Mod.

ν) Gradus autem affinitati nulli sunt. (L. 4. §. 5. eod.) Mod.

§. 28.

Statusänderungen und Statusklagen. (Capitis deminutio; status controversia.)

[I. tit. de capit. deminut. 1, 16; Gaj. I, 159—163.]

1. Begriff und Arten der Capitis deminutio.

α) Est autem capitis diminutio prioris status permutatio, eaque tribus modis fit. (Gaj. I, 159.)

β) Capitis diminutionis tria genera sunt, maxima, media, minima: tria enim sunt quae habemus, libertatem, civitatem, familiam. Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis diminutionem: cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis diminutionem: cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis diminutionem constat. (L. 11. D. de cap. min. 4, 5.) Paul.

γ) Minima capitis diminutio est, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; quod accidit in his

Κύριε ἐλέησον

qui adoptantur, item in his quae coemptionem faciunt, et in his qui mancipio dantur, quique ex mancipatione manumittuntur: adeo quidem ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite diminuitur. (Gaj. I, 162.)

2. Rechtswirkungen derselben.

δ) Servitutem mortalitati fere computamus. (L. 209. D. de R. J. 50, 17.) Ulp.

ε) Capitis minutio (minima) privata hominis et familiae ejus jura, non civitatis, amittit. (L. 6. D. de cap. min. 4, 5.) Ulp. — S. auch oben §. 27, λ.

ζ) Per capitis diminutionem pereunt... ususfructus, operarum obligatio libertorum, quae per jusjurandum contracta est, et lites legitimo judicio. (Gaj. III, 83.)

3. Statusklagen.

η) Praejudiciales actiones . . ., quales sunt per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo; ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quaeritur, an aliquis liber sit: ceterae ex ipsius praetoris jurisdictione substantiam capiunt. (§. 13. J. de act. 4, 6.)

4. Parteirollen im Statusproceß. (Vindicatio in libertatem, in servitutem.)

ϑ) Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet; si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes actoris sustinet, qui servum suum dicit. (L. 7. §. 5. D. de liberali causa, 40, 12.) Ulp.

ι) Ordinata liberali causa liberi loco habetur is, qui de statu suo litigat. (L. 24. pr. eod.) Paul.

§. 29.

Die bürgerliche Ehre (existimatio).

1. Begriff.

α) Existimatio est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. (L. 5. §. 1. D. de extraord. cogn. 50, 13.) Callistr.

2. Ehrenschmälerung und Ehrenverlust.

β) Minuitur existimatio quotiens manente libertate circa sta-

tum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis . . . vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur. Consumitur vero, quotiens magna capitis diminutio intervenit i. e. cum libertas vel civitas adimitur, veluti cum aqua et igni interdicitur. (L. 5. §. 2, 3. D. eod.) Callistr.

3. Insbes. die Infamia (mediata, immediata).

a) Voraussetzungen.

γ) Praetoris verba dicunt: infamia notatur: QVI AB EXERCITV IGNOMINIAE CAVSA AB IMPERATORE EOVE, CVI DE EA RE STATVENDI POTESTAS FVERIT, DIMISSVS ERIT; QVI ARTIS LVDICRAE PRONVNTIANDIVE CAVSA IN SCAENAM PRODIERIT; QVI LENOCINIVM FECERIT; QVI IN JVDICIO PVBLICO CALVMNIAE PRAEVARICATIONISVE CAVSA QVID FECISSE JVDICATVS ERIT; QVI FVRTI, VI BONORVM RAPTORVM, INJVRIARVM, DE DOLO MALO ET FRAVDE SVO NOMINE DAMNATVS PACTVSVE ERIT; QVI PRO SOCIO, TVTELAE, MANDATI, DEPOSITI SVO NOMINE NON CONTRARIO JVDICIO DAMNATVS ERIT; QVI EAM, QVAE IN POTESTATE EJVS ESSET, GENERO MORTVO, CVM EVM MORTVVM ESSE SCIRET, INTRA ID TEMPVS, QVO ELVGERE VIRVM MORIS EST, ANTEQVAM VIRVM ELVGERET IN MATRIMONIVM COLLOCAVERIT; EAMVE SCIENS [QVIS] VXOREM DVXERIT NON JVSSV EJVS IN CVJVS POTESTATE EST; ET QVI EVM, QVEM IN POTESTATE HABERET, EAM DE QVA SVPRA COMPREHENSVM EST, VXOREM DVCERE PASSVS FVERIT; QVIVE SVO NOMINE, NON JVSSV EJVS IN CVJVS POTESTATE ESSET, EJVSVE NOMINE QVEM QVAMVE IN POTESTATE HABERET, BINA SPONSALIA BINASVE NVPTIAS IN EODEM TEMPORE CONSTITVTAS HABVERIT. (L. 1. D. de his qui not. 3, 2.)

b) Wirkungen.

δ) Turpi judicio damnati in perpetuum omni honore ac dignitate privantur. (Cic. pro Cluent. 42.)

ε) Omnes infames, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non possunt etiam volentibus adversariis. (Paul. S. R. I. 2, 1.)

ζ) Item ex XII tabulis id est: QVI SE SIERIT TESTARIER LIBRIPENSVE FVERIT, NI TESTIMONIVM FATIATVR, INPROBVS INTESTABLISQVE ESTO. (Gell. Noct. Att. XV, 13. §. 11.)

4. Turpitudo.

η) Testium fides diligenter examinanda est. Ideoque in persona eorum exploranda erunt, . . . an honestae et inculpatae

vitae, an vero notatus quis et reprehensibilis. (L. 3. pr. D. de testib. 22, 5.) Callistr.

§. 30.

Juristische Personen.

1. Zweck und Sinn der Personifikationen.

A. Gesammtpersonen. (Vereine.)

2. Wesen der Universitas personarum. (Corpus, collegium, civitas, respublica.)

α) In . . . universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. (L. 7, §. 2. D. quod cujusque univ. 3, 4.) Ulp.

β) Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent. (L. 7. §. 1. D. eod.) Ulp.

γ) Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum; ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis. (L. 6. §. 1. D. de div. rer. 1, 8.) Marcian.

3. Umfang der Rechtsfähigkeit der Vereine.

4. Verwaltung des Vereinsvermögens.

δ) Quibus autem permissum est corpus habere (collegii, societatis, sive cujusque alterius eorum nomine), proprium est ad exemplum reipublicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat. (L. 1. §. 1. D. h. t. 3, 4.) Gaj.

ε) Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem. (L. 160. §. 1. D. de R. J. 50, 17.) Ulp.

5. Entstehung und Endigung der Vereine. (L. Julia de collegiis, a. 46. a. Chr.)

ζ) Neque societas neque collegium neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur, nam et legibus et senatusconsultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. (L. 1. pr. D. h. t. 3, 4.) Gaj.

η) Neratius Priscus tres facere existimat collegium. (L. 85. D. de V. S. 50, 16.)

ϑ) Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri: cum jus omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis. (L. 7. §. 2. D. h. t. 3, 4.) Ulp.

B) Zweckvermögen (Piae causae).

Wesen, Entstehung, Verwaltung, Untergang der Stiftungen.

Zweites Kapitel.

Sachenrecht.

§. 31.

Begriff der Sache und des Sachenrechts.

[Inst. tit. de rerum divis. 2, 1.]

1. Ding, Sache, Res (corporalis, incorporalis).

α) Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus successionis et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur. (Gaj. II, 12—14.)

2. Sachenrechte (Jura in re).

a) Begriff.

b) Arten: Eigenthum; Jura in re aliena (Servituten, Emphyteuse, Superficies, Pfandrecht).

§. 32.

Rechtsfähigkeit der Sachen (Res in commercio, res extra commercium).

[Gaj. II, 1—21.]

1. Begriff und Wirkung des extra commercium esse.

α) Videamus de rebus, quae vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur: quaedam enim naturali jure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum (pr. I. de rer. div. 2, 1.).

β) Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est. (L. 34. §. 1. D. de contrah. emtione, 18, 1.) Paul.

2. Die Res extra commercium:

A. Communia omnium.

γ) Et quidem naturali jure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. — Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maxime excurrit. (§. 1, 3. I. de rer. div. 2, 1.)

δ) In litore jure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur. (L. 4. D. ne qu. in loc. p. 43, 8.) Scaevol.

B. Res publicae.

ε) Loca publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis non quasi propria cujusque. (L. 2. §. 2. D. ne qu. in loc. p. 43, 8.) Ulp.

ζ) Flumina autem omnia et portus publica sunt: ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque. (§. 2. I. eod. 2, 1.)

η) Si res non in usu publico sed in patrimonio fisci erit, venditio ejus valebit. (L. 72. §. 1. D. de contr. emt. 18, 1.) Pap.

C. Res divini juris.

a) Res sacrae.

ϑ) Sacra sunt, quae rite et per pontifices deo consecrata sunt, veluti aedes sacrae et dona, quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt. (§. 8. I. eod. 2, 1.)

b) Res religiosae.

ι) Sacrae sunt, quae Diis superis consecratae sunt; religiosae, quae Diis Manibus relictae sunt. (Gaj. II, 4.)

κ) Religiosum vero nostra voluntate facimus, mortuum inferentes in locum nostrum, si modo ejus mortui funus ad nos pertineat. (Gaj. II, 6.)

c) Res sanctae.

λ) Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodammodo divini juris sunt. (Gaj. II, 8.)

μ) Sanctum est, quod ab injuria hominum defensum atque munitum est. (L. 8. pr. D. de rer. div. 1, 8.) Marcian.

§. 33.

Rechtlich bedeutsame Eigenschaften der Sachen.

[Inst. tit. de rerum divisione, 2, 1.]

1. Bewegliche, unbewegliche Sachen (mobiles, immobiles).

α) Fundus est omne quidquid solo tenetur; ager est si species fundi ad usum hominis comparatur. (L. 115. D. de verb. signif. 50, 16.) Javol.

β) Arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo. (L. 40. D. de act. emt. vend. 19, 1.) Pomp.

γ) Fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur; sed in usu urbana aedificia aedes, rustica villae dicuntur. Locus vero sine aedificio in urbe area, rure autem ager appellatur. Idem ager cum aedificio fundus dicitur. (L. 211. D. de V. S. 50, 16.) Florent.

δ) Urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt vel alia meritoria in villis et in vicis vel praetoria voluptati tantum deservienta, quia urbanum praedium non locus facit sed materia. Proinde hortos quoque, si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum est urbanorum appellatione contineri: plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte vel etiam olitorii, magis haec non sunt urbana. (L. 198. D. eod.) Ulp.

ε) . . . Praedium rusticum vel suburbanum, quod ab urbanis non loco sed qualitate secernitur. (L. 16. C. de praed. minor. 5, 71.)

2. Verbrauchbare Sachen (quae usu consumuntur).

ζ) ... quae ipso usu consumuntur, ... quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta (?); quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur. (§. 2. I. de usufr. 2, 4.)

η) Non potest commodari id, quod usu consumitur; nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. (L. 3. §. 6. D. commodati, 13, 6.) Ulp.

3. Vertretbare Sachen (Fungibilien); — a) überhaupt.

ϑ) . . . quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum, quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo ... damus. (Gaj. III, 90.)

ι) Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie. (L. 2. §. 1. D. de reb. cr. 12, 1.) Paul.

b) insbesondere das Geld.

κ) Origo emendi vendendique a permutationibus coepit; olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat: quando plerumque evenit, ut quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret: eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate, nec ultro merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. (L. 1. pr. D. de C. E. 18, 1.) Paul.

λ) . . . Olim . . . qui dabat . . . pecuniam, non adnumerabat eam, sed adpendebat. (Gaj. I, 122.)

4. Theilbare Sachen. (Partes pro diviso, pro indiviso.)

μ) In his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt; sin autem vel naturaliter indivisae sint, vel sine damno divisio earum fieri non potest, aestimatio ab herede praestanda est. (L. 26. §. 1. D. de leg. I, 30.) Pomp.

ν) Plane si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso, . . . non est pars fundi sed fundus. Quod et in aedibus potest dici, si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas diviserit, ut plerique faciunt: nam et hic pro duabus domis accipi debet. (L. 6. §. 1. D. comm. praed. 8, 4.) Ulp.

ξ) Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. (L. 5. D. de stip. serv. 45, 3.) Ulp.

5. Früchte. (Fructus naturales, civiles; fructus pendentes, separati, percepti.)

ο) Frugem pro reditu appellari non solum quod frumentis aut leguminibus, verum et quod ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur. (L. 77. D. de V. S. 50, 16.) Paul.

π) In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana. — Partus vero ancillae in fructu non est; absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit. (L. 28. pr. §. 1. D. de usur. 22, 1.) Gaj.

ϱ) Fructus pendentes pars fundi videntur. (L. 44. D. de R. V. 6, 1.) Gaj.

σ) Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum; operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones; item vecturae navium et jumentorum. (L. 29. D. de her. pet. 5, 3.) Ulp.

τ) Usurae vicem fructuum obtinent et merito non debent a fructibus separari. (L. 34. D. de usur. 22, 1.) Ulp.

6. Einfache, zusammengesetzte Sachen; Gesammtsachen. (Universitas rerum cohaerentium, distantium.)

υ) Tria autem genera sunt corporum: unum quod continetur uno spiritu et graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, lignum, lapis et similia; alterum quod ex contingentibus h. e. pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium quod ex distantibus constat, ut corpora plura soluta, sed uni nomini subjecta, veluti . . . grex. (L. 30. pr. D. de usurp. 41, 3.) Pomp.

φ) Navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret, quae non nova fuisset, nihilominus eandem navem

existimari. Quod si quis putaret, partibus commutatis aliam rem fieri: fore, ut ex ejus ratione nos ipsi non iidem essemus, qui abhinc anno fuissemus. . . . Quapropter cujus rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari. (L. 76. D. de jud. 5, 1.) Alfen.

χ) Grege legato etiam eas oves, quae post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere Julianus ait: esse enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicuti aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus. (§. 18. I. de legat. 2, 20.)

7. Zugehörsachen (Pertinenzen).

ψ) Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur ut puta puteal. (L. 13. §. 31. D. de A. E. V. 19, 1.) Ulp.

ω) Aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt ignorari non oportet, utputa seras claves claustra. . . . Labeo generaliter scribit, ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse; quae vero ad praesens, non esse aedificii. — Pali qui vineae causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt; sed qui exemti sunt hac mente, ut collocentur, fundi sunt. (L. 17. pr. §§. 7, 11. D. eod.) Ulp.

§. 34.

Die Begriffe von Eigenthum und Besitz.

1. Das Eigenthumsrecht (dominium). Inhalt: Nutzung und Verfügung.

2. Eigenthumsbeschränkungen: a) der Nutzung (Legalservituten, jura in re aliena); b) der Verfügung (Alienationsverbote).

α) Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars... sit; nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse. (L. 25. pr. D. de V. S. 50, 16.) Paul.

3. Miteigenthum.

β) (Celsus) ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. (L. 5. §. 15. D. commod. 13, 6.) Ulp.

γ) Sabinus, in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. (L. 28. D. comm. div. 10, 3.) Papin.

4. Der Besitz; Verhältniß der Begriffe: Besitz und Eigenthum.

δ) Possessio appellata est a sedibus quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit. (L. 1. pr. D. de aquir. rer. poss. 41, 2.) Paul.

ε) Nihil commune habet proprietas cum possessione. (L. 12. §. 1. D. eod.) Ulp.

ζ) Separata esse debet possessio a proprietate; fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus est. (L. 1. §. 2. D. uti poss. 43, 17.) Ulp.

Der Besitz.

§. 35.

Wesen und Arten desselben.

1. Naturaliter, civiliter possidere (Detention, „juristischer Besitz").

α) *Διαφορὰ τοῦ κρατεῖν* [i. e. tenere] *καὶ τοῦ νέμεσθαι* [i. e. civiliter possidere] *αὕτη· ὅτι κρατεῖν ἐστι φυσικῶς κατέχειν, νέμεσθαι δὲ τo ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν* (i. e. animo domini possidere]. (Theophil. zu §. 2. J. 3, 29.)

β) Fructuarius et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident. (L. 6. §. 2. D. de prec. 43, 26.) Ulp.

γ) Naturaliter videtur possidere is qui usumfructum habet. (L. 12. pr. D. de aqu. poss. 41, 2.) Ulp.

2. Justa, injusta possessio.

δ) Siehe oben §. 34 ζ.

3. Bonae fidei, malae fidei possessio.

ε) . . . Quia intelligit alienum se possidere, et ob id mala fide possidet. (L. 38. D. de usurp. 41, 3.) Gaj.

4. Vitiosa possessio.

ζ) . . . Si vitiosam habeat possessionem, id est aut vi aut clam, aut precario ab adversario adquisitam.... (Gaj. IV, 151.)

η) Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et ne faceret timebat. (L. 6. pr. D. de a. poss. 41, 2.) Ulp.

ϑ) Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. (L. 1. pr. D. de precar. 43, 26.) Ulp.

§. 36.

Erwerb und Verlust des Besitzes.

[Gaj. II, 89—95.]

1. Subjekt.

α) Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere; quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant: sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. (L. 1. §. 3. D. de aquir. vel amitt. poss. 41, 2.) Paul.

β) Qui in aliena potestate sunt rem peculiarem tenere possunt; habere, possidere non possunt. Quia possessio non tantum corporis, sed et juris est. (L. 49. §. 1. D. h. t. 41, 2.) Papin.

2. Objekt.

γ) Possideri autem possunt, quae sunt corporalia. (L. 3. pr. D. h. t.) Paul.

δ) Etsi ea natura ejus (sc. gregis) est, ut adjectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usu capio: sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio. (L. 30. §. 2. D. de usurp. 41, 3.) Pomp.

3. Erwerbsakt.

ε) Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo neque per se corpore. Quod autem diximus, et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere. (L. 3. pr. §. 1. D. h. t. 41, 2.) Paul.

ζ) Non est corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. (L. 1. §. 21. D. h. t.) Paul.

4. Erwerb durch Stellvertreter.

η) Possessionem adquirimus et animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. (Paulus S. R. V. 2, 1.)

ϑ) Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis adquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente ut operam dumtaxat suam accommodarent nobis non possunt adquirere. (L. 1. §. 20. D. h. t.) Paul.

5. Besitzverlust. (Besonderes bei Grundstücken.)

ι) Ut . . . nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. (L. 153. D. de R. J. 50, 17.) Paul.

κ) In amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest. (L. 3. §. 6. D. h. t. 41, 2.) Paul.

λ) Nerva filius, res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Nam pecus simul atque aberraverit aut vas ita exiderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur. (L. 3. §. 13. D. h. t.) Paul.

μ) Si quis nuntiet domum a latronibus occupatam et dominus timore conterritus noluit accedere, amisisse eum possessionem placet. Quodsi servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem. (L. 3. §. 8. eod.) Paul.

§. 37.

Schutz des Besitzes.

[Gaj. IV, 148—160. Tit. I. de interdictis, 4, 15.]

1. Zweck des Besitzprozesses.

α) Et quia longe commodius est possidere potius, quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens consistit contentio de possessione. (§. 4. J. h. t. 4, 15.)

β) Justa an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. (L. 2. D. uti poss. 43, 17.) Paul.

γ) In pari causa possessor potior haberi debet. (L. 120. D. de R. J. 50, 17.) Paul.

2. Form des Besitzschutzes. (Interdicta.)

δ) Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit: quod tum maxime facit, cum de possessione inter aliquos condenditur, et in summa aut jubet aliquid fieri aut fieri prohibet. Formulae autem verborum et conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta vocantur. (Gaj. IV, 139.)

3. Die einzelnen Besitzklagen.

I. Interdicta retinendae possessionis.

A. Das Interdictum Uti possidetis.

ε) Ait Praetor: VTI EAS AEDES, QVIBVS DE AGITVR, NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS, QVO MINVS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO. — Hoc interdictum de soli possessore scriptum est. (L. 1. pr. §. 1. D. U. P. 43, 17.)

B. Das Interdictum Utrubi.

ζ) Praetor ait: VTRVBI HIC HOMO, QVO DE AGITVR, MAJORE PARTE HVJVSCE ANNI FVIT, QVO MINVS IS EVM DVCAT, VIM FIERI VETO. — Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet. (L. un. D. utrubi, 43, 31.)

η) Majore parte anni possedisse quis intelligitur, etiamsi duobus mensibus possederit, si modo adversarius ejus paucioribus diebus possederit. (L. 156. D. de V. S. 50, 16.) Licin. Ruf.

ϑ) Prohibitoriorum autem interdictorum alia duplicia alia simplicia sunt. . . . Duplicia sunt velut VTI POSSIDETIS interdictum et VTRVBI: ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet. (Gaj. IV, 158, 160.)

II. Interdicta recuperandae possessionis.

A. Das Interdictum Unde vi (de vi).

ι) Praetor ait: VNDE TV ILLVM VI DEJECISTI AVT FAMILIA TVA DEJECIT, DE EO QVAEQVE ILLE TVNC IBI HABVIT TANTVMMODO INTRA

ANNVM, POST ANNVM DE EO, QVOD AD EVM QVI VI DEJECIT PERVENERIT, JVDICIVM DABO. — Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum, et ad eos tantum, qui de solo dejiciuntur, utputa de fundo sive aedificio. (L. 1. pr. §. 3. D. de vi, 43, 16.) Ulp.

B. Das Interdictum de precario.

ϰ) Praetor ait: QVOD PRECARIO AB ILLO HABES AVT DOLO MALO FECISTI VT DESINERES HABERE, QVA DE RE AGITVR, ID ILLI RESTITVAS. (L. 2. pr. D. de precar. 43, 26.)

§. 38.

Quasibesitz an Rechten (Rechtsbesitz, Juris quasi possessio).

1. Begriff (animus und corpus beim Rechtsbesitz). — Gegenstände.

α) Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem . . . quia in tuo aliquid utor, et sic quasi facto quodam possideo. (L. 20. pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2.) Paul.

β) Si per fundum tuum . . . commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus: inutile est ei interdictum de itinere actuque; nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet. (L. 7. D. de itinere, 43, 19.) Paul.

2. Schutz des Servitutenbesitzes.

γ) Praetor ait: QVO ITINERE ACTVQVE PRIVATO, QVO DE AGITVR, VEL VIA, HOC ANNO NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO AB ILLO VSVS ES: QVOMINVS ITA VTARIS, VIM FIERI VETO. (L. 1. pr. D. de itin. 43, 19.)

δ) Sed et interdictum Uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti. (L. 8. §. 5. D. si serv. vind 8, 5.) Ulp.

Das Eigenthum.

§. 39.

Geschichte des Eigenthums.

1. Ursprüngliche Zustände. — Oeffentliches und Privateigenthum (ager publicus, Provinzialboden).

2. Zwiefaltigkeit des Privateigenthums (quiritisches und bonitarisches Eigenthum). Ursprung und Verlauf dieses Gegensatzes.

α) Sequitur ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium: nam aut dominus quisque est, aut dominus non intelligitur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere. (Gaj. II, 40.)

β) Si servus alterius in bonis, alterius ex jure Quiritium sit. ex omnibus causis adquirit ei, cujus in bonis est. (Ulp. Fr. XIX, 20.)

γ) Qui tantum in bonis, non etiam ex jure Quiritium servum habet, manumittendo Latinum facit. (Ulp. Fr. I, 16.)

δ) . . . Nullam differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex jure Quiritium nomen, vel tantummodo in bonis reperitur. . . . Sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus. (L. un. C. de nudo J. Qu. tollendo, 7, 25.) Justin.

§. 40.

Der Eigenthumserwerb. — Uebersicht der Erwerbsthatsachen.

1. Erwerb jure publico, — privato.

2. Adquisitio per universitatem — rerum singularum.

α) Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulae res nobis adquirantur . . . videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquirantur: Si cui heredes facti simus, . . . sive cujus bona emerimus, sive quem adopta-

verimus, sive quam in manum ut uxorem receperimus, ejus res ad nos transeunt. (Gaj. II. 97, 98.)

3. Ursprünglicher (originärer) — abgeleiteter (derivativer) Erwerb.

β) Nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet. (L. 54. D. de R. J. 50, 17.) Ulp.

4. Erwerb nach Jus civile, — nach Jus gentium.

γ) Ergo ex his, quae diximus, adparet, quaedam naturali jure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur, quaedam civili; nam mancipationis et in jure cessionis et usucapionis jus proprium est civium Romanorum. (Gaj. II, 65.)

§. 41.

Derivative Erwerbsarten nach Jus civile.

A. Juris publici.

Adsignatio. Magistratische addictio.

B. Juris privati.

1. In jure cessio.

α) In jure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, velut praetorem aut praesidem provinciae, is cui res in jure ceditur, rem tenens, ita dicit: „Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo;“ deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur. (Gaj. II, 24.)

2. Mancipatio.

a) Form des Geschäftes.

β) Est autem mancipatio imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum jus proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praetera alio ejusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: „Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra;“ deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco. In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia quae mancipi sunt, nisi in

praesentia sint, mancipari non possunt; adeo quidem, ut eum qui mancipio accipit, adprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit: unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur; praedia vero absentia solent mancipari. (Gaj. I, 119, 121.)

γ) Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur: quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum majore difficultate apud praetorem aut apud praesidem agere. (Gaj. II, 25.)

b) Mancipationsklauseln. (Nuncupata.)

δ) (XII tab.:) CVM NEXVM FACIET MANCIPIVMQVE, VTI LINGVA NVNCVPASSIT . . . ITA JVS ESTO. (Fest. v. nuncupata.)

ε) Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci . . . potest; legem enim suae rei dicit. (L. 20. §. 1. D. de pact. dot. 23, 4.) Paul.

c) Gegenstände der Mancipation. (Res mancipi, nec mancipi.)

ζ) Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item jura praediorum rusticorum velut via, iter, actus, aquaeductus; item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt; elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt. (Ulp. Fr. XIX, 1.)

η) Magna autem differentia est mancipi rerum et nec mancipi. Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno jure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem.... Mancipi vero res per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae. (Gaj. I, 18, 19, 22.)

§. 42.

Originärer Erwerb nach Jus civile (Usucapio).

[Inst. tit. de usucap. 2, 6. Gaj. II, 42—61.]

1. Begriff und Zweck der Ersitzung.

α) Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. (L. 3. D. de usurpat. et usucap. 41, 3.) Modest.

β) Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium. (L. 1. D. eod.) Gaj.

2. Aelteste Gestalt der Ersitzung.

γ) Lex XII tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno. (Gaj. II, 54.)

δ) ADVERSVS HOSTEM AETERNA AVCTORITAS. (XII Tab.; Cic. de off. I, 12, 37.)

ε) Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione, proinde pleno jure incipit i. e. et in bonis et ex jure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in jure cessa esset. (Gaj. II, 41.)

3. Longi temporis possessio (an Provinzialgrundstücken).

ζ) Item provincialia praedia usucapionem non recipiunt. (Gaj. II, 46.)

η) Longi autem temporis praescriptio inter praesentes decennii spatio, inter absentes vicennii comprehenditur. (Paul. sent. rec. V, 2, 3.)

4. Die Ersitzung nach Justinianischem Rechte. — Erfordernisse.

A. Usukapionsfähigkeit der Sache.

ϑ) Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis, populi Romani, et civitatum. (L. 9. D. de usurp. 41, 3.) Gaj.

ι) Legis veteris Atiniae verba sunt: QVOD SVBRVPTVM ERIT, EJVS REI AETERNA AVCTORITAS ESTO. (Gell. XVII, 7, 1.)

κ) Sed aliquando etiam si maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat: nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Julia et Plautia. . . . Quod ergo vulgo dicitur, furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit (nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet): sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi jus habeat. (Gaj. II, 45, 49.)

B. Justa Causa usucapionis (Ersitzungstitel).

λ) Celsus errare eos ait, qui existimarent, cujus rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse; nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emtum vel donatum sibi existimaverit: quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. (L. 27. D. de usucap. 41, 3.) Ulp.

C. Bona fides.

μ) Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit, eum qui vendidit jus vendendi habere. (L. 109. D. de V. S. 50, 16.) Mod.

ν) „Mala fides superveniens non nocet."

D. Besitzdauer.

a) Zeitmaß.

ξ) Constitutionem . . . promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per longi temporis possessionem i. e. inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis usucapiantur, et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominium rerum justa causa praecedente adquiratur (pr. I. h. tit. 2, 6).

b) Zeitberechnung. (Computatio civilis.)

ο) . . . quia annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus. (L. 134. D. de V. S. 50, 16.) Paul.

π) „Dies coeptus pro completo habetur." (Cfr. L. 15. pr. D. de div. temp. 44, 3.)

c) Kontinuität des Besitzes. (Accessio temporis. — Usurpatio.)

ϱ) Possessio testatoris ita heredi procedit, si medio tempore res a nullo possessa est. (L. 20. D. h. t. 41, 3.) Javol.

σ) Inter venditorem quoque et emptorem conjungi tempora divus Severus et Antonius rescripserunt. (§. 13. I. h. t. 2, 6.)

τ) Usurpatio est usucapionis interruptio. (L. 2. D. h. t. 41, 3.) Paul.

§. 43.

Originärer Erwerb nach Jus gentium.

1. Okkupation.

α) „Res nullius cedit occupanti." (Cfr. L. 3. pr. D. de aqu. dom. 41, 1.)

β) Pro derelicto habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet. (§. 47. I. de r. div. 2, 1.)

γ) Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit. (L. 1. D. pro derelicto 41, 7.) Ulp.

a) Occupatio bellica.

δ) Item quae ex hostibus capiuntur jure gentium statim capientium fiunt. (L. 5. §. 7. D. h. t. 41, 1.) Gaj.

ε) . . . quae res hostiles apud nos sunt, non publicae sed occupantium fiunt. (L. 51. §. 1. D. eod.) Cels.

b) Jagd, Fischerei u. dgl.

ζ) Dominium rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait ejusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari coeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. (L. 1. §. 1. D. de aqu. poss. 41, 2.) Paul.

η) Nec interest, quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, jure prohiberi, ne ingrederetur. (L. 3. §. 1. D. h. t. 41, 1.) Gaj.

c) Schatzfindung.

ϑ) Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat: sic enim fit ejus qui invenerit, quod non alterius sit; alioquin si quis aliquid vel lucri causa vel metus vel custodiae condiderit sub terra, non est thesaurus. (L. 31. §. 1. D. h. t. 41, 1.) Paul.

ι) Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, D. Hadrianus naturalem aequitatem secutus ei concessit, qui invenerit; idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit; at si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit. (§. 39. I. 2, 1.)

2. Verarbeitung (Spezifikation).

$\varkappa$) Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse, qui fecerit: quia quod factum est, antea nullius fuerat; Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset: quia sine materia nulla species effici possit; veluti si ex auro vel argento vel aere vas aliquod fecero, vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero, vel ex lana tua vestimentum, vel ex vino et melle tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis emplastrum aut collyrium, vel ex uvis aut olivis aut spicis tuis vinum vel oleum aut frumentum. (L. 7. §. 7. D. h. t. 41, 1.) Gaj.

λ) . . . post multas Sabinianorum et Proculejanorum ambiguitates placuit media sententia existimantium: si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse qui materiae dominus fuerat; si non possit reduci, eum potius intelligi dominum qui fecerit; ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem aut oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. (§. 25. J. de rer. div. 2, 1.)

3. Verbindung und Vermischung.

a) Accessio.

μ) Praeterea quod per alluvionem agro nostro flumen adjicit, jure gentium nobis adquiritur; per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possimus, quantum quoquo momento temporis adjiciatur. (L. 7. §. 1. D. h. t. 41, 1.) Gaj.

ν) Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, jure naturali nostrum est, quia superficies solo cedit. Multoque magis id accidit in planta, quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit. Idem contingit et in frumento, quod in solo nostro ab aliquo satum fuerit. (Gaj. II, 73—75.)

ξ) Si alienam purpuram quis intexuit suo vestimento, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento. (§. 26. I. h. t. 2, 1.)

o) Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere, aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulae cedere; sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere: ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. (§. 34. I. h. t. 2, 1.)

b) Commixtio.

π) Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint aut massas argenti vel auri conflaverint; . . . quodsi fortuito et non voluntate dominorum confusae fuerint vel diversae materiae vel quae ejusdem generis sunt, idem juris esse placuit. (§. 27. I. h. t.)

ϱ) Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus cujus fuerunt; si mixti essent, ita ut discerni non possent, ejus fieri, qui accepit in libris Gaji scriptum est. (L. 78. D. de solut. 46, 3.) Javol.

4. Trennung (Fructuum separatio, perceptio).

σ) ... Omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur.... Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est: ... cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt. (L. 25. pr. §. 1. D. de usur. 22, 1.) Jul.

§. 44.

Abgeleiteter Erwerb nach Jus gentium.

1. Tradition.

α) Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. (L. 9. §. 3. D. h. t. 41, 1.) Gaj.

β) Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur. (L. 20. C. de pactis, 2, 3.)

γ) Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert: si non habuit,

ad eum qui accipit nihil transfert. Quotiens autem dominium transfertur, ad eum, qui accipit, tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit. (L. 20. pr. §. 1. D. h. t.) Ulp.

δ) Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua [alia qua] justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. (L. 31. pr. D. h. t.) Paul.

ε) Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate ejus alius. (§. 42. I. de r. div. 2, 1.)

2. Adjudikation.

ζ) Adjudicatione dominium nanciscimur per formulam familiae herciscundae, quae locum habet inter coheredes, et per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios, et per formulam finium regundorum, quae est inter vicinos. Nam si judex uni ex heredibus aut sociis aut vicinis rem aliquam adjudicaverit, statim illi adquiritur, sive mancipi sive nec mancipi sit. (Ulp. Fr. XIX, 16.)

§. 45.

Rechtsschutz des Eigenthums (Rei vindicatio; negatoria in rem actio; actio Publiciana).

1. Rei vindicatio.

a) Voraussetzungen: Eigenthum des Klägers, Besitz des Beklagten.

α) In rem actio competit ei, qui aut jure gentium aut jure civili dominium adquisivit. (L. 23. D. de rei vind. 6, 1.) Paul.

β) Officium autem judicis in hac actione hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat; nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem.... Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse. (L. 9. D. h. t.) Paul.

γ) Sin autem, cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit se possidere et ideo liti se obtulit, et hoc ipsum in re agenda testatione probavero, omnimodo condemnandus est. . . . Sed et is qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione. (L. 27. pr. §. 3. D. h. t.) Paul.

b) Ziel der Klage (Petit).

δ) Restituere est . . . possessorem facere fructusque reddere, pleraque praeterea restitutionis verbo continentur. (L. 22. D. de V. S. 50, 16.) Gaj.

ε) Nec sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus ille homo fuisset. (L. 20. D. h. t. 6, 1.) Gaj.

ζ) Si vero nec potest restituere nec dolo fecit, quominus possit, non pluris quam quanti res est, . . . condemnandus est. (L. 68. D. h. t.) Ulp.

c) Früchte und Impensen.

η) Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, . . . naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est: itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere. (§. 35. J. de r. div. 2, 1.)

ϑ) . . . Post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse. . . . (L. 25. §. 7. D. de her. pet. 5, 3.) Ulp.

ι) (Dominus) reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est. (L. 38. D. h. t. 6, 1.) Cels.

κ) Impensae necessariae sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit. . . . Voluptuariae sunt, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent, ut sunt viridaria et aquae salientes . . . picturae. (L. 79. pr. §. 2. D. de V. S. 50, 16.) Paul.

λ) Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior [res] non fuerit, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit. (Ulp. Fr. VI, 16.)

2. Actio negatoria.

μ) Contra quoque de usufructu et de servitutibus paediorum... invicem proditae sunt actiones, ut quis intendat: jus non esse adversario utendi, fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi, projiciendi, immittendi: istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. (§. 2. I. de act. 4, 6.)

3. Actio Publiciana.

ν) Ait praetor: SI QVIS ID QVOD TRADITVR EX JVSTA CAVSA NON A DOMINO ET NONDVM VSVCAPTVM PETET, JVDICIVM DABO. (L. 1. pr. D. de Publ. a. 6, 2.)

ξ) Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis aut dotis aut legatorum, necdum ejus rei dominus effectus est, si ejus rei casu possessionem amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam rem persequendam; . . . sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, . . . quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est. (§. 4. I. de act. 4, 6.)

ο) Publiciana actio non ideo comparata est, ut res a domino auferatur; ejusque rei argumento est primo aequitas, deinde exceptio „si ea res possessoris non sit". (L. 17. D. h. t. 6, 2.) Nerat.

π) In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae in rei vindicatione diximus. (L. 7. §. 8. D. h. t.) Ulp.

Rechte an fremder Sache (Jura in re aliena).

I. Die Servituten.

§. 46.

Wesen und Arten der Dienstbarkeiten.

α) Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, (veluti viridia tollat, aut [ut?] amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat), sed ut aliquid patiatur aut non faciat. (L. 15. §. 1. D. de serv. 8, 1.) Pompon.

β) Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum. (L. 1. D. de serv. 8, 1.) Marcian.

γ) (Ususfructus) a personis discedere sine interitu sui (non) potest. (L. 15. D. fam. erc. 10, 2.) Paul.

δ) Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur. (L. 12. D. comm. praed. 8, 4.) Paul.

§. 47.

Die Prädial- (Real-) Servituten.

[Inst. tit. de serv. praediorum, 2, 3.]

1. Allgemeine Erforderniſſe: a) Utilitas; b) vicina praedia; c) perpetua causa.

α) Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt; nemo enim potest servitutem adquirere urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium, nec quisquam debere, nisi qui habet praedium. (§. 3. I. de serv. 2, 3.)

β) (Neratius) dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit non ultra [posse] quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. (L. 5. §. 1. D. de serv. praed. r. 8, 3.) Ulp.

γ) Neratius ait, nec haustum nec pecoris appulsum nec cretae eximendae calcisque coquendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat. (L. 5. §. 1. D. eod.)

δ) Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent; et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaeductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet. (L. 28. D. de serv. pr. urb. 28, 2.) Paul.

2. Arten: Servitutes praediorum rusticorum; urbanorum. Affirmative, negative Servituten.

ε) Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter, actus, via, aquaeductus. Iter est jus eundi, ambulandi homini, non etiam jumenti agendi. Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. Aquaeductus est jus aquam ducendi per fundum alienum. — In rusticis computanda sunt: aquae haustus, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae. (L. 1. pr. §. 1. D. de S. P. R. 8, 3.) Ulp.

ζ) Praediorum urbanorum sunt servitutes, quae aedificiis inhaerent; . . . sunt hae: ut vicinus onera vicini sustineat;

ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere; ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas vel in aream, vel non recipiat; et ne altius tollat quis aedes suas, ne luminibus vicini officiatur. (§. 1. I. de serv. 2, 3.)

§. 48.

Die Personalservituten.

[Inst. tit. de usufructu, 2, 4; de usu et habitatione, 2, 5.]

1. Der Nießbrauch (ususfructus). — Quasi-Ususfrukt.

α) Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. (L. 1. D. de usufr. 7, 1.) Paul.

β) Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare vel vendere potest: nam et qui locat, utitur, et qui vendit, utitur. Sed et si alio precario concedat vel donet, puto eum uti. (L. 12. §. 2. D. de usufr. 7, 1.) Ulp.

γ) Si cujus rei ususfructus legatus sit, aequissimum Praetori visum est, de utroque legatarium cavere: et usurum se boni viri arbitratu, et cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit. (L. 1. pr. D. usufr. quemad. 7, 9.) Ulp. — Cautio usufructuaria.

2. Der Gebrauch (Usus).

δ) Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. (L. 2. pr. D. de usu et hab. 7, 8.) Ulp.

ε) ... nec ulli alii jus quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest. (L. 11. D. eod.) Gaj.

3. Habitatio, 4. Operae servorum et animalium.

§. 49.

Entstehung, Untergang und Schutz der Servituten.

1. Entstehung.

a) Durch Vertrag oder Testament.

α) Sed jura praediorum urbanorum in jure tantum cedi possunt: rusticorum vero etiam mancipari possunt. Ususfructus in jure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usumfructum in jure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. (Gaj. II, 29, 30.)

β) Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. Potest etiam in testamento quis heredem suum damnare ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat; vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere vel stillicidium habere; vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere. (§. 4. I. de serv. 2, 3.)

b) Adjudikation.

c) Ersitzung.

γ) Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure quo aqua constituta est, veluti ex legato, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse. (L. 10. pr. D. si serv. 8, 5.) Ulp.

2. Untergang.

a) Untergang des Subjektes oder Objektes.

δ) Finitur ususfructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media. (§. 3. I. de usufr. 2, 4.)

b) Confusio (Consolidatio).

ε) Si quis aedes, quae suis aedibus servirent, cum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est; et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est, alioquin liberae veniunt. (L. 30. pr. D. de S. P. U. 8, 2.) Paul.

c) Verzicht (Remancipatio etc.).

d) Nichtgebrauch (non usus; — usucapio libertatis).

3. Rechtsschutz.

a) Vindikation (Actio confessoria).

ζ) Haec autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit: servitutem enim nemo vindicare potest quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi. (L. 2. §. 1. D. si serv. 8, 5.) Ulp.

η) Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cujus agro aqua ducitur vel per cujus fundum ducitur, verum etiam cum omnibus, quicumque aquam nos ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutum. (L. 10. §. 1. D. eod.) Ulp.

b) Possessorische Klagen.

ϑ) Siehe oben §. 38 β, γ, δ.

II. Superficies und Emphyteusis.

§. 50.

1. Superficies (Platzrecht).

α) Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint: quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum. (L. 2. D. de superfic. 43, 18.) Gaj.

β) Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est, nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit ex empto agere cum domino soli potest; . . . sed longe utile visum est, (quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius quam in personam experiri), hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri. (L. 1. §. 1. D. eod.) Ulp.

γ) Ait Praetor: VTI EX LEGE LOCATIONIS SIVE VENDITIONIS SVPERFICIE, QVA DE AGITVR, NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO FRVIMINI, QVO MINVS FRVAMINI, VIM FIERI VETO; SI QVA ALIA ACTIO DE SVPERFICIE POSTVLABITVR, CAVSA ÇOGNITA DABO. (L. 1. pr. D. eod.)

2. Die Emphyteuse.

a) Das jus in agro vectigali.

δ) Agri civitatum . . . vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur i. e. hac lege, ut quamdiu pro his vectigal pendatur, tamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Qui in perpetuum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus ipsos municipes: . . . ita tamen si vectigal solvant. (L. 1, 2. D. si ager vect. 6, 3.) Paul. Ulp

b) Das jus emphyteuseos.

ε) Jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam. . . . (L. 1. C. de emphyt. jure, 4, 66.) Imp. Zeno, a. 476—484.

Drittes Kapitel.

Schuldrecht.

§. 51.

Wesen der Obligatio.

[Inst. tit. de obligationibus, 3, 13.]

1. Begriff.

α) Obligatio est juris quasi vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura (pr. I. de oblig. 3, 13.).

2. Subjekte, Gegenstand (Inhalt) der Obligatio.

β) Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. (L. 3. pr. D. de O. et A. 44, 7.) Paul.

3. Verhältniß zu a) den Sachenrechten, b) den Familienrechten

§. 52.

Subjekte der Obligatio.

[Inst. tit. de duobus reis, 3, 16.]

1. Gegenseitiges Verhältniß der Subjekte: Einseitige, zweiseitige Obligation. — Sogenannte exceptio non adimpleti contractus.

α) Labeo definit . . . contractum ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emtionem venditionem, locationem conductionem, societatem. (L. 19. D. de V. S. 50, 16.)

β) Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex emto actio. Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit. (L. 13. §. 8. D. de act. emt. 19, 1.) Ulp.

2. Mehrheit der Subjekte auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite (Solidarobligationen).

a) Wesen und Arten: Aktive, passive Gesammtschuld (Correi credendi, debendi).

γ) Cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sint, ipso jure et singulis in solidum debetur et singuli debent; ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio. (L. 2. D. de duob. r. 45, 2.) Javol.

b) Praktischer Zweck derselben.

c) Entstehung.

aa) Durch Vertrag, Testament (Korrealobligation).

δ) Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt; stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat „*spondeo*“: ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: „*utrique vestrum dare spondeo*“; nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt [veluti si ita interrogati]: „*Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?*“ respondeant singuli „*spondeo*“. (pr. I. eod. 3, 16.)

ε) ... fiunt duo rei promittendi ... testamento: utputa si pluribus heredibus institutis testator dixit: „*Titius aut Maevius Sempronio decem dato.*“ (L. 9. pr. D. h. t. 45, 2.) Papin.

bb) Ohne spezifisches Rechtsgeschäft (Solidarobligation im engeren Sinne).

ζ) Si plures in eodem coenaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis haec actio dabitur, ... et quidem in solidum. Sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberantur ... perceptione, non litis contestatione. ... (L. 1. §. 10. L. 3, 4. D. de his qui eff. 9, 3.) Ulp. Paul.

d) Wirkung. — Regreßfragen.

η) Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti; ... et partes autem a singulis peti posse nequaquam dubium est. (L. 3. §. 1. D. h. t. 45, 2.) Ulp.

§. 53.

Gegenstände der Obligatio.

1. Inhalt der Leistung: Dare, facere, praestare.

α) Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. (L. 2. pr. D. de V. O. 45, 1.) Paul.

β) Si quis faciendum aliquid stipulatus sit, utputa fundum tradi vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile. . . . (L. 72. pr. D. de V. O. 45, 1.) Ulp.

γ) „Facere oportere" et hanc significationem habet, ut abstineat quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret, et curaret, ne fiat. (L. 189. D. de V. S. 50, 16.) Paul.

2. Beschaffenheit der Leistung.

a) Möglichkeit (natürliche und rechtliche).

δ) Impossibilium nulla obligatio est. (L. 185. D. de R. J. 50, 17.) Cels.

b) Erlaubtheit.

ε) Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti. (L. 26. D. de V. O. 45, 1.) Ulp.

c) Abschätzbarkeit.

ζ) . . . Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt. (L. 9. §. 2. D. de statulib. 40, 7.) Ulp.

d) Bestimmbarkeit. (Certi, Incerti obligationes.)

η) Stipulationum quaedam certae sunt quaedam incertae: certum est, quod ex pronuntiatione apparet, quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum. (L. 74. de V. O. 45, 1.) Gaj.

3. Insbesondere: Alternative und generische Obligationen.

ϑ) Si emtio ita facta fuerit: „est mihi emtus Stichus aut Pamphilus", in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus. Sed uno mortuo, qui superest, dandus est. (L. 34. §. 6. D. de contr. emt. 18, 1.) Paul.

ι) Ergo si qui fundum sine propria appellatione vel hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem. (L. 75. §. 1. D. de V. O. 45, 1.) Ulp.

κ) Si generaliter servus, vel alia res legetur: electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit. (§. 22. I. de leg. 2, 20.)

§. 54.

Vom Schadenersatz.

1. Begriff des Vermögensschadens.

2. Maßstab der Abschätzung.

a) Vera rei aestimatio.

α) Sed si cui legatum relictum est, ut alienam rem redimat vel praestet: si redimere non possit, quod dominus non vendat, vel immodico pretio vendat, justam aestimationem inferat. (L. 14. §. 2. D. de leg. III.) Gaj.

b) Aestimatio ejus, quod interest. (Das Interesse, utilitas.) — Damnum emergens und lucrum cessans.

β) Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc judicium. — Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis, aut symphoniacis aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit: non solum enim perempti corporis aestimatio facienda est, sed et ejus ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt. (L. 22. D. ad l. Aquil. 9, 2.) Paul.

γ) Et sive quid amiserit vel lucratus non sit, restitutio facienda est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit. (L. 27. D. ex qu. c. maj. 4, 6.) Paul.

3. Gründe der Schadenersatzpflicht.

a) Rechtsgeschäfte (Versicherungsverträge u. s. w.).

b) Gesetzliche Haftpflicht.

c) Verschuldung.

δ) Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. (L. 203. D. de R. J. 50, 17.) Pomp.

ε) „Casus a nullo praestatur." — „Casum sentit dominus."

§. 55.

Arten und Grade der Schuld.

1. Dolus.

2. Culpa (Fahrlässigkeit).

α) Si putator ex arbore ramum cum dejiceret hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille

proclamarit, ut casus ejus evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. . . . Quodsi nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit. (L. 31. D. ad l. Aq. 9, 2.) Paul.

3. Grade der Culpa.

a) Grobes Verschulden (lata culpa).

β) Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere, quod omnes intelligunt. (L. 213. §. 2. D. de V. S. 50, 16.) Ulp.

γ) Haec actio dolum malum dumtaxat exigit . . . lata culpa plane dolo comparabitur. (L. 1. §. 1. D. si mensor. 11, 6.) Ulp.

b) Leichtes Versehen (levis culpa).

δ) In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa accidunt. (L. 18. pr. D. commod. 13, 6.) Gaj.

ε) Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit? Respondit: si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. (L. 12. (11.) D. de per. et comm. 18, 6.) Alfen.

c) Die sogenannte Culpa in concreto.

ζ) Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet. (L. 72. D. pro soc. 17, 2.) Gaj.

4. Grundsätze für die Haftung aus Verschulden.

a) „Dolus semper praestatur."

η) Illud non probabis: dolum non esse praestandum, si convenerit; nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est. (L. 1. §. 7. D. depos. 16, 3.) Ulp.

b) Culpa.

δ) In contractibus fidei bonae servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa: sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur. (L. 108. §. 12. D. de leg. I. (30.) Afric. — Vgl. oben sub γ.

§. 56.

Rechtsschutz der Obligationen.

1. Actio in personam; — civilis, honoraria.

α) Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur, namque aut civiles sunt, aut praetoriae: civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certe jure civili comprobatae sunt; praetoriae sunt, quas praetor ex sua jurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur. (§. 1. I. de obl. 3, 13.)

2. Klaglose Forderungen (obligationes naturales).

a) Begriff.

b) Anwendungsfälle.

β) . . . ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur. (Paul. sent. rec. II, 14. §. 1.)

γ) Quamvis usurae foenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt, tamen ex pacti conventione solutae neque ut indebitae repetuntur, neque in sortem accepto ferendae sunt. (L. 3. C. de usur. 4, 32.) Severus.

δ) Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo si quis nomine ejus solverit vel ipse manumissus . . . repeti non poterit; et ob id fidejussor pro servo acceptus tenetur et pignus pro eo datum tenebitur. (L. 13. pr. D. de cond ind. 12, 6.) Paul.

ε) Si pater quod filio debuisset eidem emancipato solverit, non repetet; nam hic quoque manere naturalem obligationem... probatur. (L. 38. §. 2. D. eod.) Afric.

c) Wirkungen.

ζ) Fidejussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio, civilis vel naturalis, cui applicetur. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi

possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. (L. 16. §§. 3, 4. D. de fidej. 46, 1.) Julian.

η) Etiam quod natura debetur venit in compensationem. (L. 6. D. de comp. 16, 2.) Ulp.

Entstehung der Obligationen.

§. 57.

Uebersicht der Entstehungsgründe.

α) Omnes obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. (L. 1. pr. D. de obl. et act. 44, 7.) Gaj.

β) Sequens divisio (obligationum) in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. (§. 2. I. de obligat. 3, 13.)

§. 58.

Die Verträge im Allgemeinen.

1. Begriff und Bezeichnung. (Conventio; — contractus, pactum.)

α) Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt. (L. 1. §. 3. D. de pact. 2, 14.) Ulp.

2. Arten der Verträge. (Obligatorische, liberatorische; dingliche, familienrechtliche, erbrechtliche Verträge. — Einseitige und zweiseitige, onerose und lukrative Verträge.)

3. Form der Verträge. (Förmliche und formlose Verträge.)

4. Abschluß der Verträge: Konsens und Erklärung.

A. Konsens. — Offert und Annahme.

β) Est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. (L. 1. §. 2. D. de pact. 2, 14.) Ulp.

B. Erklärung. — Ausdrückliche und stillschweigende (direkte und indirekte) Erklärung. „Konkludente Handlungen."

γ) Sed etiam tacite consensu convenire intelligitur. Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem. (L. 2. D. de pact. 2, 14.) Paul.

δ) Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare. (L. 142. D. de R. J. 50, 17.) Paul.

§. 59.

Mängel des Willens bei Verträgen.

1. Mängel im Motiv.

A. Furcht (metus).

α) Ait Praetor: QVOD METVS CAVSA GESTVM ERIT RATVM NON HABEBO. (L. 1. pr. D. quod met. 4, 2.)

β) Nihil consensui tam contrarium est, . . . quam vis atque metus; quem comprobare contra bonos mores est. (L. 116. pr. D. de R. J. 50, 17.) Ulp.

γ) Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus. (L. 6. D. quod met. 4, 2.) Gaj.

B. Trug. (Dolus causam dans.)

δ) Itaque sic definit (Labeo): dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. (L. 1. §. 2. D. de dolo, 4, 3.) Ulp.

C. Wirkungen: Actio (exceptio) quod metus; doli.

2. Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung.

A. Simulation. (Scheinverträge.)

ε) Nuda et imaginaria venditio pro non facta est.... (L. 55. D. de contr. emt. 18, 1.) Paul.

ζ) Acta simulata, velut non ipse sed ejus uxor comparaverit, veritatis substantiam mutare non possunt. Quaestio itaque facti per praesidem provinciae examinabitur. (L. 2. C. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur 4, 22.) Diocl. et Maxim.

B. Irrung und Mißverständniß.

η) In omnibus negotiis contrahendis,... si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui

cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. (L. 57. D. de O. et A. 44, 7.) Pomp.

ϑ) Si igitur me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti: quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. (L. 9. pr. D. de contrah. emt. 18, 1.) Ulp.

ι) Si falsum instrumentum emtionis, conscriptum tibi velut locationis, quam fieri mandaveras, subscribere, te non relecto sed fidem habente, suasit: neutrum contractum (in utroque alterutrius consensu deficiente) constitisse procul dubio est. (L. 5. C. plus valere, 4, 22.) Diocl. et Maxim.

§. 60.

Inhalt der Verträge. Nebenbestimmungen.

1. Essentialia, naturalia, accidentalia negotii.

2. Bedingungen. (Condicio.)

A. Begriff und Arten. (Aufschiebende und auflösende Bedingungen; positive und negative; potestative, zufällige, gemischte Bedingungen. — Uneigentliche Bedingungen: Unmögliche, unsittliche, nothwendige, gewisse Bedingungen; condiciones juris.)

α) Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti: *si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes?* (§. 4. I. de V. O. 3, 15.) Suspensivbedingung.

β) . . . si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione ab emptione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur; sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis. (L. 2. pr. D. de in diem add. 18, 2.) Ulp. Resolutivbedingung; Suspensivbedingung.

γ) Si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, veluti: *si digito coelum tetigerit,* inutilis est stipulatio. (Gaj. III, 98.)

δ) Stipulatio hoc modo concepta: *si heredem me non feceris, tantum dare spondes?* inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio. (L. 61. D. de V. O. 45, 1.) Jul.

ε) Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se condicionem hanc: si nuptiae fuerint secutae. (L. 21. D. de jur. dot. 23, 3.) Ulp.

B. Wirkung der Bedingungen.

a) Condicione pendente.

ζ) Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si priusquam condicio existat, mors nobis contigerit. (§. 4. J. de V. O. 3, 15.)

b) Condicione existente.

aa) Bei der Suspensivbedingung.

η) . . . cum semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. (L. 11. §. 1. D. qui potiores 20, 4.) Gaj.

ϑ) Si filiusfamilias sub condicione stipulatus emancipatus fuerit, deinde exstiterit condicio, patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. (L. 78. pr. D. de V. O. 45, 1.) Paul. (Sogenannte Rückwirkung.)

bb) Bei der Resolutivbedingung.

ι) Si quis hac lege emerit: „ut, si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emtione“; post allatam condicionem jam non potest in rem actione uti. (L. 41. pr. D. de R. V. 6, 1.) Ulp.

κ) Pure vendito et in diem addicto fundo, si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dederit. (L. 4. §. 3. D. de in diem add. 18, 2.) Ulp. (Sogenannte Resolutio ex tunc.)

c) Condicione deficiente.

λ) . . . quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio. (L. 8. pr. de peric. et com. 18, 6.) Paul.

3. Befristungen (Dies).

A. Begriff und Arten. (Anfangstermin, Endtermin; dies certus, incertus; certus an et quando.)

B. Wirkung.

μ) Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest. (§. 2. I. de V. O. 3, 15.)

ν) . . . in stipulationibus promissoris gratia tempus adjicitur. (L. 17. D. de R. J. 50, 17.) Ulp. — „Dies adjectus pro reo est."

4. Auflagen (Modus).

ξ) . . . nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit: si monumentum fecerit, et eum, cui datum est: ut monumentum faciat. (L. 80. D. de cond. et dem. 35, 1.) Scaevol.

Die einzelnen Verträge.

§. 61.

Einleitung.

1. Aelteste Gestaltung der Verträge.

A. Sponsio.

B. Nexum. — Fiducia (cum creditore; cum amico).

α) Nexum Manilius scribit, omne quod per aes et libram geritur, in quo sint mancipia. Mucius, quae per aes et libram fiunt ut obligentur, praeter quae mancipio dentur. (Varro de lingua lat. VII, 105.)

2. Das Vertragssystem des klassischen Rechtes (Contractus und Pacta). — Contractus stricti juris, bonae fidei.

A. Contractus:

a) re,

b) literis,

c) verbis,

d) consensu.

B. Pacta:

a) nuda pacta,

b) pacta praetoria,

c) pacta legitima.

β) Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur. (Paul. sent. rec. II, 14. §. 1.)

§. 62.

Die Contractus.

I. Die Realkontrakte.

[Gaj. III, 90. Inst. tit. quib. mod. re contrah. 3, 14.]

Wesen der Realkontrakte. Fälle.

α) Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. . . . Item is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur. . . . Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur. . . . Creditor quoque, qui pignus accipit, re obligatur (pr. §§. 2, 3, 4. I. h. t.)

A. Das Darlehen (mutuum).

1. Begriff. — Klage (condictio ex mutuo).

β) Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quae pondere, numero, mensura constant . . . quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eaedem res sed aliae ejusdem naturae et qualitatis reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Et ex eo contractu nascitur actio, quae vocatur condictio. (pr. I. h. t. 3, 14.)

2. Das Zinsdarlehen (foenus).

a) Begriff und Berechnung der Zinsen. (Unciarium foenus; centesimae, semisses usurae.)

b) Wucher und Wuchergesetze.

γ) Sane vetus urbi foenebre malum et seditionum discordiarumque creberrima causa. (Tac. Annal. 6, 16.)

aa) Gesetzliches Zinsmaximum (legitimae usurae).

bb) Sistirung des Zinsenlaufes ultra alterum tantum.

cc) Verbot der Zinseszinsen (Anatocismus, separatus v. conjunctus).

3. Das Versicherungsdarlehen (foenus nauticum).

4. Darlehen an Haussöhne. (St. Macedonianum, unter Kaiser Vespasian.)

δ) Verba senatusconsulti Macedoniani haec sunt: Cvm inter ceteras sceleris cavsas Macedo, qvas illi natvra administra-

BAT, ETIAM AES ALIENVM ADHIBVISSET, ET SAEPE MATERIAM PECCANDI MALIS MORIBVS PRAESTARET, QVI PECVNIAM, NE QVID AMPLIVS DICERETVR, INCERTIS NOMINIBVS CREDERET: PLACERE, NE CVI, QVI FILIOFAMILIAS MVTVAM PECVNIAM DEDISSET, ETIAM POST MORTEM PARENTIS EJVS, CVJVS IN POEESTATE FVISSET, ACTIO PETITIOQVE DARETVR, VT SCIRENT QVI PESSIMO EXEMPLO FOENERARENT, NVLLIVS POSSE FILIIFAMILIAS BONVM NOMEN EXSPECTATA PATRIS MORTE FIERI. (L. 1. pr. D. ad S. C. Mac. 14, 6.)

§. 63.

Die übrigen Realkontrakte.

B. Der Leihvertrag (commodatum).

Begriff und Wirkungen (~~Actio commodati~~ directa und contraria).

α) Item is, cui aliqua res utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat. Namque non ita res datur, ut ejus fiat; et ob id de re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu: nihilominus obligatus permanet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior potuerit eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majoresve casus non tenetur, si modo non hujus ipsius culpa is casus intervenerit. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est. Alioquin mercede interveniente, locatus tibi usus videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum. (§. 2. I. quib. modis re 3, 14.)

β) Si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. (L. 18. pr. D. commod. 13, 6.) Gaj.

γ) Possunt justae causae intervenire ex quibus cum eo, qui commodavit, agi deberet, veluti de impensis in valetudinem servi factis; . . . nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione

ad eum pertinent qui utendum accepisset. . . . Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis. (L. 18. §§. 2—4. D. commod. 13, 6.) Gaj.

C. Der Hinterlegungsvertrag (Depositum).

Actio depositi directa und contraria.

δ) Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum accepit, depositi eum teneri, . . . quodsi accepit, ex conducto. (L. 1. §. 8. D. depos. 16, 3.) Ulp

ε) Is, apud quem rem aliquam deponimus, . . . etiamsi negligenter rem custoditam amiserit, securus est; quia enim non sua gratia accipit, sed ejus, a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet; magnam tamen negligentiam placuit in doli crimen cadere. (L. 1. §. 5. D. de O. et A. 44, 7.) Gaj.

ζ) Actione depositi servi conventus cibariorum nomine apud eundem judicem utiliter experitur. (Coll. X, 2, 5.) Modest.

D. Der Pfandvertrag (pignus).

Actio pignoratitia (in personam) directa und contraria.

η) Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet; quam si praestiterit et aliquo fortuito casu eam rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere. (§. 4. I. h. t. 3, 14.)

ϑ) In pigneratitio judicio venit, et si res pignori datas male tractavit creditor vel servos debilitavit. (L. 24. §. 3. D. de pign. act. 13, 7.) Ulp.

ι) Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebo: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse. (L. 8. pr. D. de pign. act. 13, 7.) Pomp.

E. Die unbenannten Realkontrakte (Contractus innominati).

a) Begriff und Arten (das Schema: do ut des; do ut facias, facio ut des; facio ut facias).

b) Wirkung (Actio praescriptis verbis; condictio).

κ) Sed etsi in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem, utputa dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc *συνάλλαγμα* esse et hinc nasci civilem obligationem. (L. 7. §. 2. D. de pact. 2, 14.) Ulp.

λ) Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damnēris mihi, quanti interest mea illud, de quo convenit, accipere; vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest, vel ad repetendum condictio: quodsi tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, . . . condici ei potest vel praescriptis verbis agi. (L. 5. §§. 1, 2. D. de praescript. verb. 19, 5.) Paul.

μ) In factum civilis subjicitur actio, — nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est — in quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt: natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula. (L. 1. §. 1. L. 2, 3, 4. D. eod. 19, 5.) Pap. Cels. Jul. Ulp.

§. 64.

II. Der Literalkontrakt.

[Gaj. III, 128—134.]

1. Die römischen Hausbücher (rationes domesticae); Adversaria und Codex expensi et accepti.

α) Moris autem fuit, unumquemque domesticam rationem sibi totius vitae suae per dies singulos scribere, quo apparet, quid quisque de reditibus suis, quid de arte, foenore lucrove sepo-

suisset, et quo die, et quid item sumtus damnive fecisset. (Ps. Asconius in Cic. or. in Verr. II. 1. §. 60.)

2. Nomina arcaria und nomina transscriptitia. Expensilatio.

β) Literis obligatio fit, veluti in nominibus transscriptitiis; fit autem nomen transscriptitium duplici modo, vel a re in personam, vel a persona in personam. A re in personam transscriptio fit, veluti si id quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. A persona in personam transscriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi. (Gaj. III, 128—130.)

γ) Alia causa est eorum nominum quae arcaria vocantur: in his enim rei, non literarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem: qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere. (Gaj. III, 131.)

3. Der Literalvertrag des griechischen Rechtes. Chirographa, Syngraphae.

δ) Praeterea literarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet, ut eo nomine stipulatio non fiat: quod genus obligationis proprium peregrinorum est. (Gaj. III, 134.)

§. 65.

III. Der Verbalvertrag oder die Stipulatio.

[Gaj. III, 92—109. Inst. tit. de verbor. obl. 3, 15; de divisione stipulationum 3, 18.]

1. Die Stipulationsform.

α) Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, responderit. (L. 5. §. 1. D. de V. O. 45, 1.) Pomp.

β) Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut: „Dari spondes? spondeo"; ... „dabis? dabo"; ... „promittis? promitto"; ... „facies? faciam". Sed haec quidem verborum obligatio: „dari spondes? spondeo" propria civium Romanorum est; ceterae vero juris gentium sunt, itaque inter

omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent. (Gaj. III, 92, 93.)

2. Abschwächung der Form. Cautiones.

γ) Sed haec solemnia verba olim quidem in usu fuerunt; postea autem Leoniana constitutio lata est, quae, solemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscunque verbis expressus est. (§. 1. I. de V. O. 3, 15.) Vgl. L. 10. C. de contrah. stip. 8, 38. Imp. Leo. a. 469.

δ) Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. Quodsi scriptum fuerit instrumento, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit. (Paul. S. R. V. 7. §. 2.)

ε) Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus praestabat, . . . ideo nostra constitutio . . . introducta est, per quam disposuimus, tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel per scripturam vel per testes idoneos, approbaverit, in ipso toto die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse. (§. 12. I. de inutil. stip. 3, 19.)

ζ) Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani, praefecti praetorio, jurisconsulti, cautio hujusmodi: „Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo; et haec quindecim proba recte dari Kalendis futuris stipulatus est Maevius Publius, spopondi ego Titius.“ . . . (L. 40. pr. D. de R. C. 12, 1.) Paul.

3. Inhalt und Wirkung der Stipulation. (Begriff des abstrakten Vertrags.)

η) Ex qua duae proficiscuntur actiones: tam condictio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu (actio), si incerta (pr. I. h. t. 3, 15).

ϑ) Omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit. (Paul. S. R. II, 22. §. 2.)

§. 66.

IV. Die Konsensualverträge.

[Gaj. III, 135 sq. Inst. tit. de oblig. ex consensu, 3, 22.]

Begriff der Konsensualverträge; Fälle; Zweiseitigkeit und bonae fidei-Natur derselben.

α) Consensu fiunt obligationes in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit, eos qui negotium gerunt consensisse: unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit. (At nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio. Inst. §. 1. h. t.) Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alter alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur. (Gaj. III, 135—137.)

A. Der Kauf (emtio venditio).

[Gaj. III, 139 sq. Inst. tit. de emtione, 3, 23.]

1. Begriff und Abschluß; Waare und Preis.

β) Emtio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit; nam quod arrae nomine datur, argumentum est emtionis et venditionis contractae. (Gaj. III, 139.)

γ) Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est. (L. 34. §. 1. D. de contrah. emt. 18, 1.) Paul.

δ) Pretium autem certum esse debet: nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emta, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere, cujus opinionem Cassius probat: Ofilius et eam emtionem esse putat et venditionem, cujus opinionem Proculus secutus est. (Gaj. III, 140.)

2. Verpflichtungen des Käufers (actio venditi).

ε) Veniunt in hoc judicium in primis pretium... item usurae pretii post diem traditionis. (L. 13. §. 20. D. de act. emt. vend. 19, 1.) Ulp.

Insbesondere: der Käufer trägt die Gefahr (periculum rei venditae).

ζ) Cum autem emtio et venditio contracta sit, ... periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse coeperit, emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. (§. 3. I. h. t. 3, 23).

3. Verpflichtungen des Verkäufers (actio emti).

a) Custodia und Tradition der Waare.

η) Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. . . . Quod si fugerit homo, qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum est, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit; sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit securus erit. (§. 3. I. h. t.)

ϑ) Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum, . . . si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. (L. 11. §. 2. D. de act. E. V. 19, 1.) Ulp.

b) Haftung für das habere licere des Käufers. (Eviktion.)

ι) Sive tota res evincatur sive pars, habet regressum emtor in venditorem. (L. 1. D. de evict. 21, 2.) Ulp.

κ) Res emta, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplotenus obligatur. (Paul. sent. rec. II, 17. §. 3.) — Actio auctoritatis.

λ) Emtori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit. (L. 37. pr. D. de evict. 21, 2.) Ulp. — Stipulatio duplae.

c) Haftung für die Beschaffenheit der Waare.

aa) Für dicta et promissa.

μ) Cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset dupli poenam subiret, a jurisconsultis etiam reticentiae poena est constituta. (Cic. de off. III, 16.)

bb) Für verschwiegene Mängel. (Ex edicto Aedilium curulium.)

ν) Ajunt Aediles: QVI MANCIPIA VENDVNT, CERTIORES FACIANT EMTORES, QVID MORBI VITIIVE CVIQVE SIT, QVIS FVGITIVVS ERROVE SIT NOXAVE SOLVTVS NON SIT, EAQVE OMNIA, CVM EA MANCIPIA VENIBVNT, PALAM RECTE PRONVNCIANTO: QVODSI MANCIPIVM ADVERSVS EA VENISSET, SIVE ADVERSVS QVOD DICTVM PROMISSVMVE FVERIT CVM VENIRET, QVOD EJVS PRAESTARI OPORTERE DICETVR, EMTORI OMNIBVSQVE AD QVOS EA RES PERTINET JVDICIVM DABIMVS, VT ID MANCIPIVM REDHIBEATVR. (L. 1. §. 1. D. de Aed. ed. 21, 1.) — Actio redhibitoria.

ξ) Aediles ajunt: QVI JVMENTA VENDVNT PALAM RECTE DICVNTO. QVID IN QVOQVE EORVM MORBI VITIIQVE SIT: . . . SI QVID ITA FACTVM NON ERIT, . . . MORBI VITIIVE CAVSA INEMTIS FACIENDIS IN SEX MENSIBVS, VEL QVO MINORIS CVM VENIRENT FUERINT, IN ANNO JVDICIVM DABIMVS. (L. 38. pr. D. eod.) — Actio quanti minoris.

o) Causa hujus edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emtoribus succurratur: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae Aediles praestari jubent, tamen teneri debere. Nec hoc est iniquum: potuit enim ea nota habere; neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate. (L. 1. §. 2. D. eod.) Ulp.

4. Anfechtung des Kaufes wegen Verletzung über die Hälfte (laesio enormis).

π) Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus fundum venditum recipias, auctoritate intercedente judicis, vel, si emtor elegerit, quod deest justo pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. (L. 2. C. de rescind. vend. 4, 44.) Dioclet. a. 285.

§. 67.

Die übrigen Konsensualverträge.

B. Die Miethe (locatio conductio).

[Gaj. III, 142—147. Inst. tit. de locatione et conductione, 3, 24.]

Begriff und Arten. — Sachmiethe, Pacht (loc. cond. rerum) und Arbeitsmiethe (loc. cond. personarum).

1. Sachmiethe: gegenseitige Rechte und Pflichten (actio locati, actio conducti).

a) Actio locati (Pflichten des Miethers).

α) Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare; qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut jumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur. (§. 5. I, h. t.)

β) Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, ... reconduxisse videbitur. . . . hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur; et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio jure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur; nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. (L. 13. §. 11. D. locati, 19, 2.) Ulp. („Relocatio tacita.")

γ) Nemo prohibetur rem, quam conduxit fruendam, alii locare, si nihil aliud convēnit. (L. 6. C. eod. 4, 65.) Alexand. („Aftermiethe.")

b) Actio conducti (Pflichten des Vermiethers).

δ) Ex conducto actio conductori datur.... Competit autem ex his causis fere: utputa si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges ejus stare oporteat), vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur. (L. 15. pr. §. 1. D. h. t. 19, 2.). Ulp.

ε) Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum efflu-

xerit, tenebitur in id quod interest, nec ignorantia ejus erit excusata. (L. 19. §. 1. D. eod.) Ulp.

ζ) Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto. (L. 25. §. 1. D. eod.) Gaj. („Kauf bricht Miethe.")

2. Arbeitsmiethe; Arten: Dienstmiethe (l. c. operarum) und Werkverdingung (l. c. operis).

η) Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam scripsit: si quis vitulos pascendos, vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere, et quod imperitia peccavit culpam esse, quippe ut artifex, inquit, conduxit. (L. 9. §. 5. D. h. t. 19, 2.) Tryphonin.

C. Der Gesellschaftsvertrag (societas).

[Gaj. III, 148—154. Inst. tit. de societate, 3, 25.]

1. Begriff und Arten (insbesondere die societas quaestus und die societas omnium bonorum; societates publicanorum).

ϑ) Societates autem contrahuntur sive universorum bonorum, sive negotiationis alicujus, sive vectigalis, sive etiam rei unius. (L. 5. pr. D. pro soc. 17, 2.) Ulp.

ι) Societas coiri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus, vel sub condicione. (L. 1. pr. D. h. t.) Paul.

2. Beiträge und Antheile der Gesellschafter.

ϰ) Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit: saepe enim opera alicujus pro pecunia valet. (Gaj. III, 149.)

λ) Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse; sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque quod omissum est, similes partes erunt. (Gaj. III, 150.)

μ) Aristo refert Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitam appellari. (L. 24. §. 1. D. h. t. 17, 2.) Ulp.

3. Verpflichtungen der Gesellschafter:

a) Unter einander (actio pro socio).

ν) Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero, quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum, et altera actione alteram tolli Proculus ait. (L. 38. §. 1. D. h. t. 17, 2.) Paul.

ξ) Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, (sicut is qui deponi apud se passus est,) an etiam culpae, (id est desidiae atque negligentiae nomine,) quaesitum est. Praevaluit tamen, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumsit, de se queri, id est sibi imputare debet. (§. 9. I. h. t.)

b) Gegenüber Dritten.

ο) Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur; nisi in communem arcam pecuniae versae sunt. (L. 82. D. h. t.) Papin.

π) Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune: sed societatis judicio cogitur rem communicare. (L. 74. D. h. t.) Paul.

4. Auflösung der Gesellschaft.

ϱ) Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseveraverint; at quum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, quum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare. (§. 4. I. h. tit. 3, 25.)

σ) Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi elegit; sed et si consensu plurium societas coita sit, morte unius solvitur, etsi plures supersint: nisi in coeunda societate aliter convenerit. (§. 5. I. h. tit.)

τ) Nec heres socii succedit: sed quod ex re communi postea quaesitum est, item dolus et culpa in eo, quod ex ante gesto

pendet, tam ab herede, quam heredi praestandum est. (L. 65. §. 9. D. h. t.) Paul.

υ) Nulla societatis in aeternum coitio est. — Si conveniat, ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est. (L. 70. D. h. t.; L. 14. §. 2. D. comm. div. 10, 3.) Paul.

D. Der Auftrag (mandatum).

[Gaj. III, 155—162; Inst. tit. de mandato, 3, 26.]

1. Begriff und Gegenstand des Mandats.

φ) Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat. Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest. (L. 1. pr. §. 1. D. de procuratorib. 3, 3.) Ulp.

χ) Mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit; contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit. (L. 1. §. 4. D. mandati, 17, 1.) Paul.

ψ) Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces quam foeneres, vel ex diverso . . . : cujus generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur: quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium. (L. 2. §. 6. D. h. t. 17, 1.) Gaj.

2. Verpflichtungen.

a) Des Mandatars (actio mandati directa).

ω) Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet: alioquin quanti mandatoris interest damnabitur. (L. 27. §. 2. D. h. t.) Gaj.

αα) Voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. (L. 17. §. 3. D. comm. 13, 6.) Paul.

ββ) Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet. (L. 20. pr. D. h. t.) Paul.

b) Des Mandanten (actio mandati contraria).

γγ) Impendia mandati exequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent; nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere. (L. 27. §. 4. D. h. t.) Gaj.

§. 68.
Die Pacta.

I. Nuda pacta und pacta adjecta.

α) Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Quin imo interdum format ipsam actionem: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei judiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint; ex intervallo, non inerunt nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur: . . . ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant i. e. quae in ingressu contractus facta sunt. (L. 7. §§. 4, 5. D. de pact. 2, 14.) Ulp.

II. Pacta praetoria.

a) Das receptum arbitrii.

b) Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. (Actio de recepto.)

β) Ait Praetor: NAVTAE, CAVPONES, STABVLARII QVOD CVJVSQVE SALVVM FORE RECEPERINT, NISI RESTITVENT, IN EOS JVDICIVM DABO. Maxima utilitas est hujus edicti: quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere,... et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi; cum ne nunc quidem abstineant hujusmodi fraudibus. (L. 1. pr. §. 1. D. nautae, 4, 9.) Ulp.

c) Das Constitutum debiti (proprii, alieni).

γ) De constituta autem pecunia cum omnibus agitur quicumque pro se, vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita; nam alioquin, si stipulanti promiserint, jure civili tenentur. (§. 9. I. de act. 4, 6.)

δ) Quidam ad creditorem litteras ejusmodi fecit: „Decem, quae Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum, habes penes me.“ Respondit: actione de constituta pecunia eum teneri. (L. 26. D. de pecun. const. 13, 5.) Scaevola.

ε) Ubi quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet. (L. 28. D. h. t.) Gaj.

III. Pacta legitima.

Das Compromiß; das Dotalversprechen; die Schenkung (donatio).

1. Wesen der Schenkung (animus donandi).

ζ) Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur. (L. 1. pr. D. de donat. 39, 5.) Jul.

2. Arten: Handgeschenk, Schenkungsversprechen; remuneratorische Schenkung; donatio sub modo; negotia mixta cum donatione; — donatio inter vivos, mortis causa.

3. Sonderrecht der Schenkung.

a) Widerruflichkeit in gewissen Fällen.

b) Erschwerung durch Maß- und Formvorschriften: die Lex Cincia (a. 203 a. Chr.); die Form der professio ad acta (gerichtliche Insinuation).

c) Ungiltigkeit der Ehegattenschenkung. (Siehe unten §. 84.)

§. 69.

Obligationen aus Delikten.

[Gaj. III, 183. sq. Inst. tit. de obl. quae ex delicto nasc. 4, 1.]

Wesen des Privatdeliktes. Folgen: Strafklagen, Ersatzklagen.

α) Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae, quam rei persequendae et ob id mixtae sunt. (§. 18. I. de action. 4, 6.)

Einzelne Privatdelikte.

1. Der Diebstahl (furtum).

a) Begriff.

β) Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel rei ipsius, vel etiam usus ejus possessionisve. (L. 1. §. 3. D. de furt. 47, 2.) Paul.

γ) Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat. Itaque si quis re, quae apud eum deposita sit, utatur, furtum committit; et si quis utendam rem acceperit, eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur, veluti si quis . . . equum gestandi gratia commodatum longius

secum aliquo duxerit: quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem perduxisset. (Gaj. III, 195, 196.)

δ) Furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit. (L. 18. D. de cond. furt. 13, 1.) Scaevol.

b) Arten: Furtum rei, furtum usus (possessionis); furtum manifestum, nec manifestum.

ε) Manifestum furtum est, ut ait Masurius, quod deprehenditur dum fit; faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri coeperat. (Gell. Noct. Att. XI, 18, §. 11.)

c) Diebstahlsklagen. (Actio furti, condictio furtiva; actio rerum amotarum.)

ζ) Poena manifesti furti ex lege XII tab. capitalis erat: nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adjudicati loco constitueretur, veteres quaerebant; sed postea improbata est asperitas poenae et ... quadrupli actio praetoris edicto constituta est. Nec manifesti furti poena per legem XII tab. dupli irrogatur, eamque etiam praetor conservat. (Gaj. III, 189, 190.)

η) Furti actio, sive dupli, sive quadrupli, tantum ad poenae persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed rei vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem adversus furem ipsum heredemve ejus, licet non possideat, competit. (§. 19. I. de oblig. qu. ex del. 4, 1.)

θ) Rerum amotarum judicium singulare introductum est, adversus eam, quae uxor fuit; quia non placuit cum ea furti agere posse. . . . Nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur. (L. 1, 2. D. de act. rer. amot. 25, 2.) Paul. Gaj.

2. Raub (rapina).

ι) Praetor ait: SI CVI DOLO MALO [VI] HOMINIBVS COACTIS [ARMATISVE] DAMNI QVID FACTVM ESSE DICETVR, SIVE CVJVS BONA RAPTA ESSE DICENTVR, IN EVM, QVI ID FECISSE DICETVR, [INTRA ANNVM, QVO PRIMVM DE EA RE EXPERIVNDI POTESTAS FVERIT, IN QVADRVPLVM, POST ANNVM IN SIMPLVM] JVDICIVM DABO. (L. 2. pr. D. vi bon. rapt. 47, 8.)

3. Sachbeschädigung (damnum injuria datum).

κ) Lege Aquilia capite primo cavetur: „SI QVIS SERVVM SERVAMVE ALIENVM ALIENAMVE QVADRVPEDEMVE PECVDEM INJVRIA OCCIDERIT, QVANTI ID IN EO ANNO PLVRIMI FVIT, TANTVM AES DARE DOMINO DAMNAS ESTO.“ (L. 2. pr. D. ad L. Aquil. 9, 2.)

λ) Hujus legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit. Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: „CETERARVM RERVM PRAETER HOMINEM ET PECVDEM OCCISSOS SI QVIS ALTERI DAMNVM FAXIT, QVOD VSSERIT, FREGERIT, RVPERIT INJVRIA, QVANTI EA RES FVIT IN DIEBVS TRIGINTA PROXIMIS, TANTVM AES DOMINO DARE DAMNAS ESTO.“ (L. 27. §§. 4, 5. D. eod.) Ulp.

μ) Injuriam autem hic accipere nos oportet . . . quod non jure factum est, hoc est contra jus i. e. si culpa quis occiderit; . . . igitur injuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit. Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit, quae enim in eo culpa sit, quum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum; cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum si . . . tegula ceciderit; sed et si infans damnum dederit idem erit dicendum. (L. 5. §§. 1, 2. D. eod.) Ulp.

ν) His autem verbis legis: „quanti in eo anno plurimi fuerit“ illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus aut luscus aut mancus erit, occiderit, qui in eo anno integer aut pretiosus fuerit, non tanti tenetur, quanti is hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. (§. 9. I. h. t. 4, 3.)

ξ) Et placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; itaque alio modo damno dato, utiles actiones dantur: velut si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut jumentum tam vehementer egerit ut rumperetur. (Gaj. III, 219.)

4. Ehrenkränkung (injuria).

a) Begriff und Arten.

ο) Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit, specialiter alias contumelia, quae a contemnendo dicta est. . . . (pr. I. de injur. 4, 4.)

π) . . . Injuria ex affectu facientis consistit. Itaque pati quis injuriam, etiamsi non sentiat, potest; facere nemo, nisi qui

scit se injuriam facere, etiamsi nesciat, cui faciat. (L. 3. §§. 1, 2. de injur. 47, 10.) Ulp.

ϱ) Injuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis: re, quotiens manus inferuntur; verbis autem, quotiens non manus inferuntur, sed convicium fit. (L. 1. §. 1. D. eod.)

σ) Injuria autem committitur non solum cum quis pugno puta aut fuste percussus vel etiam verberatus erit, sed et si cui convicium factum fuerit, sive quis bona alicujus quasi debitoris, sciens eum nihil sibi debere, proscripserit, sive quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen scripserit, sive matremfamilias aut praetextatum adsectatus fuerit, et denique aliis pluribus modis. (Gaj. III, 220.)

b) Rechtsfolgen.

τ) Nostrae XII tabulae cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri. Cic. de rep. IV, 10, 12. (ap. August. de civ. dei II, 9.).

υ) Poena autem injuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut collisum trecentorum assium poena erat; propter ceteras vero injurias XXV assium poena erat constituta: et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniariae poenae esse. (Gaj. III, 223.)

φ) Ait praetor: „QVI ADVERSVS BONOS MORES CONVICIVM CVI FECISSE CVJVSVE OPERA FACTVM ESSE DICETVR, QVO ADVERSVS BONOS MORES CONVICIVM FIERET: IN EVM JVDICIVM DABO. (L. 15. §. 2. D. de injur. 47, 10.)

χ) Actio injuriarum non jus possessionis adsequitur, sed dolorem imminutae libertatis judicio poenaque mitigat. (Cic. pro Caecin. c. 12. fin.)

§. 70.

Obligationes ex variis causarum figuris.

[Inst. titt. de oblig. quasi ex contr. 3, 27; de obl., quae quasi ex delicto nascuntur, 4, 5.)

A. Quasi ex contractu. Hauptfälle:

1. Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio).

α) Ait praetor: SI QUIS NEGOTIA ALTERIVS, SIVE QVIS NEGOTIA, QVAE CVJVSQVE CVM IS MORITVR FVERINT, GESSERIT, JVDICIVM EO NOMINE DABO. (L. 3. pr. D. de negot. gest. 3, 5.) Ulp.

β) Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum; sed domino quidem rei gestae adversus eum, qui gessit, directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci, manifestum est; quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit, ex qua causa hi, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia, quae sane nemo curaturus esset, si de eo quod impendisset nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum gestorum, ita et contra iste tenetur, ut administrationis rationem reddat; quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur. (§. 1. I. de oblig. qu. ex c. 3, 27.)

2. Vormundschaftsführung (siehe unten §. 89).

γ) Tutores quoque, qui tutelae judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur); sed, quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. (§. 2. I. eod.)

3. Erbschaftsantritt (obligationes ex testamento). Vgl. unten §. 107.

4. Vermögensgemeinschaft. (Die drei Theilungsklagen: actio communi dividundo; familiae erciscundae; finium regundorum.)

δ) Item si inter aliquos communis sit res sine societate, (veluti quod pariter eis legata donatave esset,) et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt; sed . . . . . quasi ex contractu teneri videtur. Idem juris est de eo, qui

coheredi suo familiae erciscundae judicio ex his causis obligatus est. (§. 3. I. eod.)

5. Ungerechtfertigte Bereicherung.

a) Condictio indebiti.

ε) Is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condici potest, . . . ac si mutuum accepisset. . . . Sed haec species non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere. (Gaj. III, 91.)

b) Condictio causa data causa non secuta (s. cond. ob causam datorum).

c) Condictio ab turpem causam.

d) Condictio ab injustam causam.

e) Condictio sine causa.

B. Obligationes quasi ex delicto. Hauptfälle:

1. Actio de effusis et dejectis.

2. Actio de posito et suspenso.

3. Actio furti adversus nautas, caupones etc.

ζ) Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de dolo aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret; cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit. (§. 3. I. h. t. 4, 5.)

4. Die Actiones noxales.

η) Noxa autem est corpus, quod nocuit, id est servus; noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria. (§. 1. I. de nox. act. 4, 8.)

ϑ) Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus veluti furti lege XII tabularum, damni injuriae lege Aquilia. Omnes autem noxales actiones caput sequuntur: nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius

potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui juris coeperit esse, directa actio cum ipso est et noxae deditio extinguitur. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit: nam si paterfamilias noxam commiserit et is se in adrogationem tibi dederit aut servus tuus esse coeperit . . . incipit tecum noxalis actio esse. (Gaj. IV, 76, 77.)

5. Actio de pauperie.

ι) „Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur“ actio ex lege XII tabularum descendit: quae lex voluit, aut dari id quod nocuit, id est animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerri. (L. 1. pr. D. si quadrup. 9, 1.) Ulp.

§. 71.

Sicherung der Forderungsrechte.

Uebersicht der Sicherungsmittel (Cautiones). Real- und Verbalcaution. — Insbesondere:

1. Das Angeld (arrha).

a) Arrha confirmatoria.

b) Arrha poenitentialis (Wandelpön).

α) Nam quod arrhae nomine datur argumentum est emtionis et venditionis contractae. (Pr. I. de emt. 3, 23.)

2. Konventionalstrafe.

3. Bürgschaft.

4. Pfandrecht.

§. 72.

Die Bürgschaft.

[Gaj. III, 115—127; Inst. tit. de fidejussorib. 3, 20.]

Wesen der Verbürgung. — Römische Formen derselben:

1. Adpromissiones: Sponsio, fidepromissio, fidejussio.

α) Pro eo quoque qui promittit solent alii obligari, quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fidejussores appellamus. Sponsor ita interrogatur: *idem dari spondes?* fidepromissor: *idem fidepromittis?* fidejussor: *idem fide tua esse jubes?* (Gaj. III, 15.)

β) Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est, fidejussoris valde dissimilis. Nam illi quidem nullis obligatio-

nibus accedere possunt nisi verborum.... Fidejussor vero omnibus obligationibus, i. e. sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adjici potest; ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adjiciatur. (Gaj. III, 118, 119.)

2. Constitutum debiti (alieni).

γ) Constituere autem et praesentes et absentes possumus, sicut pacisci, et per nuntium et per nosmet ipsos et quibuscunque verbis. (L. 14. §. 3. D. de pec. const. 13, 5.) Ulp. Vgl. oben §. 68 γ, δ, ε.

3. Mandatum credendi (sogenanntes mandatum qualificatum).

δ) Lucius Titius, cum pro Sejo, fratre suo, apud Septicium intervenire vellet, epistolam ita emisit: „si petierit a te frater meus, peto, des ei nummos fide et periculo meo." (L. 24. D. de fidejuss. 46, 1.) Marcell.

4. Die sogenannten beneficia fidejussorum.

a) Regreß (benef. cedendarum actionum).

ε) Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina. (L. 17. D. de fidej. 46, 1.) Jul.

b) Benef. divisionis (ex epistola Divi Hadriani).

c) Benef. ordinis s. excussionis.

ζ) Si quis crediderit et fidejussorem ... acceperit, non statim ab initio fidejussorem . . . conveniat neque debitore neglecto intercessoribus molestus sit, sed primo eum, qui pecuniam accepit et debitum contraxit, conveniat. (Nov. 4. c. 1.)

5. Verbot der Frauenbürgschaft.

a) Begriff der intercessio.

b) Das St. Vellejanum (a. 46 p. Chr.).

η) Et primo quidem temporibus Divi Augusti, mox deinde Claudii, edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cujus SCti verba haec sunt: QVOD MARCVS SILVANVS ET VELLEJVS TVTOR, CONSVLES, VERBA FECERVNT DE OBLIGATIONIBVS FEMINARVM, QVAE PRO ALIIS REAE FIERENT, QVID DE EA RE FIERI OPORTERET, DE EA RE ITA CONSVLVERVNT: QVOD AD FIDEJVSSIONES ET MVTVI

DATIONES PRO ALIIS, QVIBVS INTERCESSERINT FEMINAE, PERTINET, TAMETSI ANTE VIDETVR ITA JVS DICTVM ESSE, NE EO NOMINE AB HIS PETITIO NEVE IN EAS ACTIO DETVR, QVVM EAS VIRILIBVS OFFICIIS FVNGI ET EJVS GENERIS OBLIGATIONIBVS OBSTRINGI NON SIT AEQVVM, ARBITRARI SENATVM, RECTE ATQVE ORDINE FACTVROS, AD QVOS DE EA RE IN JVRE ADITVM ERIT, SI DEDERINT OPERAM, VT IN EA RE SENATVS VOLVNTAS SERVETVR. (L. 2. pr. §. 1. ad SC. Vellejanum 16, 1.) Ulp.

§. 73.

Das Pfandrecht.

1. Heutiger Begriff des Pfandrechtes. (Rei obligatio.)

2. Geschichte des Pfandrechts.

A. Das Fiduciarpfand.

α) Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur, vel in jure ceditur. (Isidor. orig. V, 25. §. 23.)

β) „Dama, L. Titi servus, fundum Bajanum, qui est in agro qui Veneriensis vocatur, . . . HS. n(ummo) I fidi fiduciae causa mancipio accepit ab L. Bajanio. . . . Pactum conventum factum est inter Damam . . . et L. Bajanium: quam pecuniam L. (Titius) Bajanio dedit dederit . . . usque eo is fundus fiduciae esset, donec ea omnis pecunia persoluta . . . esset. Si pecunia sua quaque die L. Titio heredive ejus data soluta non esset, tum uti eum fundum . . . L. Titius heresve ejus . . . ubi et quo die vellet pecunia praesenti venderet.“ . . . (Inscr. Bruns font. p. 200.)

B. Das Pignus.

γ) Pignus est quod propter rem creditam obligatur, cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor, dominium penes debitorem est. (Isidor. orig. V, 25. §. 22.)

δ) Pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. (L. 238. §. 2. D. de V. S. 50, 16.) Gaj.

ε) Si is qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, . . . furti se obligat. (L. 74. D. de furt. 47, 2.) Javol.

C. Die Hypotheca (Interdictum Salvianum; Actio Serviana).

ζ) Hypotheca est, cum res commendatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente. (Isid. l. c. §. 24.)

η) „Donicum solutum erit aut ita satisdatum erit, quae in fundo illata erunt pignori sunto. Ne quid eorum de fundo deportato; si quid deportaverit domini esto." — „Donicum pecuniam satisfecerit, pecus et familia, quae illic erit, pignori sunto." (Cato de re rust. c. 146, 149.)

ϑ) Interdictum quod appellatur Salvianum adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas ipse pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. (Gaj. IV, 147.)

ι) Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris jurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus ei tenentur; quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. (§. 7. I. de act. 4, 6.)

§. 74.

Entstehung und Endigung des Pfandrechts.

1. Voraussetzungen:

a) Die Pfandschuld. (Accessorische Natur des Pfandrechts.)

α) Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena. (L. 5. §. 2. D. de pign. 20, 1.) Marcian.

b) Pfandbare Gegenstände.

β) Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. (L. 9. §. 1. D. eod.) Gaj.

γ) Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuit, exactam pecuniam tecum pensabis; si vero corporis alicujus, id quod acceperis erit tibi pignoris loco. (L. 18. pr. D. de pig. act. 13, 7.) Paul.

δ) Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, . . . ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. (L. 34. pr. D. h. t. 20, 1.) Scaev.

ε) Obligatione generali rerum, quas quis habuit habiturusve

sit, ea non continebuntur, quae verisimile est quemquam specialiter obligaturum non fuisse, utputa supellex, item vestis. (L. 6. D. h. t. 20, 1). Ulp.

2. Entstehungsakt.

a) Vertrag oder Testament (pignus voluntarium).

ζ) Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae; nec ad rem pertinet, quibus fit verbis. (L. 4. D. de pign. 20, 1.) Gaj.

η) Proprie dicimus . . . hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem. (L. 9. §. 2. de pign. act. 13, 7.) Ulp.

ϑ) Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt. (L. 5. §. 1. D. de pign. 20, 1.) Marcian.

ι) Lucius Titius libertis suis cibaria et vestiaria annua certorum nummorum reliquit et posteriore parte testamenti ita cavit: „*obligatos eis ob causam fideicommissi fundos meos (illum et illum), ut ex reditu eorum alimenta suprascripta percipiant.*“ (L. 12. D. de alim. leg. 34, 1.) Paul.

b) Richterliche Zuweisung (pignus judiciale).

c) Gesetzliche Vorschrift (pignus legale s. tacitum).

ϰ) Eo jure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit; in rusticis praediis contra observatur. (L. 4. pr. D. in quib. c. pig. 20, 2.) Nerat.

λ) Certum est ejus, qui cum fisco contrahit, bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimatur. (L. 2. C. eod. 8, 15.). Antonin.

3. Endigung des Pfandrechts:

a) nach allgemeinen Grundsätzen des Sachenrechts: Untergang des Objekts, Confusio, Erlaß, usucapio libertatis;

b) nach der besonderen Natur des Pfandrechts: Wegfall der Pfandschuld, pfandrechtlicher Verkauf.

μ) Item liberatur pignus, sive solutum est debitum sive eo nomine satisfactum est. (L. 6. pr. D. h. t. 20, 1.) Ulp.

ν) Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneratitia actio. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum.

. . . sive reo dato, sive pretio aliquo vel nuda conventione. (L. 9. §. 3. D. de pign. act. 13, 7.) Ulp.

ξ) Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo, quantum debetur. (L. 19. D. de pign. 20, 1.) Ulp. — Pignoris causa indivisa (cfr. L. 65. D. de evict. 21, 2.)

ο) Si vendidisset qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. (L. 1. C. si ant. cred. 8, 20.) Alex.

§. 75.

Wirkungen des Pfandrechts.

1. Besitzrecht; Antichrese.

α) Si ἀντίχρησις facta sit, . . . eo usque retinet [sc. creditor] possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque. (L. 11. §. 1. D. de pign. 20, 1.) Marcian.

2. Verkaufsrecht (jus distrahendi).

β) Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat; ubi vero convenit ne distraheretur, creditor si distraxerit, furti obligatur (debitori), nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit. (L. 4. D. de pign. act. 13, 7.) Ulp.

γ) Creditor judicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, cogitur. (L. 42. D. de pign. act. 13, 7.) Papin. — Hyperocha.

3. Lex commissoria; impetratio dominii.

δ) Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae (pignorum) legis crescit asperitas, placet infirmari et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. (L. 3. C. de pact. pign. 8, 34.) Constantin.

4. Im Zusammentreffen mit anderen Pfandrechten (Kollision und Priorität).

a) Die Rangordnung (Prior tempore, potior jure).

ε) Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur, inter ipsos autem si quaestio

moveatur, possidentis meliorem esse condicionem. (L. 10. D. de pign. 20, 1.) Ulp.

ζ) Potior est in pignore, qui prior credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit. (L. 11. pr. D. qui pot. 20, 4.) Gaj.

b) Rangprivilegien (insbesondere die sogenannten pignora publica).

c) Die Rechtsstellung des prior creditor.

d) Rechte der posteriores: Vorrückung; Anspruch auf die hyperocha; jus offerendi.

η) Qui pignus secundo loco accepit ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut cum obtulisset isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit. (L. 1. C. qui pot. 8, 17.) Sever.

5. Die Pfandrechtsklage (Actio hypothecaria, sive Serviana, s. pignoratitia in rem actio).

a) Kläger und Beklagter, Petit und Beweislast.

ϑ) Serviana actio declarat evidenter, jure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint; et per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse, certissimum est. (L. 6. C. si al. res. 8, 15.) Diocl.

ι) Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam. (L. 18. D. de pign. 20, 1.) Paul.

b) Einreden (insbesondere exceptio excussionis personalis, realis).

§. 76.

Stellvertretung bei Errichtung von Forderungen und Schulden.

[Gaj. IV, 69—80; Inst. tit. quod cum eo, qui in al. pot. 4, 7.]

1. Begriff der Stellvertretung. — Grundsätzliche Ausschließung derselben im Schuldverkehr.

α) Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari

neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus. (L. 11. D. de O. et A. 44, 7.) Paul.

β) Si quis alium daturum facturumve quis spoponderit, non obligabitur, veluti si spondeat: Titium quinque aureos daturum. (§. 3. I. de inut. stip. 3, 19.)

2. Forderungserwerb durch Hausangehörige.

γ) Sive autem domino suo sive sibi sive conservo sive impersonaliter servus stipuletur, domino adquirit. Idem juris est in liberis, qui in potestate patris sunt. (§. 1. I. de stip. serv. 3, 17.)

3. Verpflichtung durch Hausangehörige (Actiones adjectitiae qualitatis):

a) Actio quod jussu.

δ) In primis itaque si jussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit: et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur. (Gaj. IV, 70.)

b) Actio de peculio (de in rem verso). Actio tributoria.

ε) Si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores: filium in solidum et patrem dumtaxat de peculio. (L. 44. D. de pec. 15, 1.) Ulp.

ζ) Licet enim una est actio, qua de peculio deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes; itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum. (§. 4. I. h. t. 4, 7.)

η) Introduxit et aliam actionem praetor, quae tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur et quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita praetor jus dicit, ut quidquid in mercibus erit quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. (§. 3. I. h. t. 4, 7.)

c) Actio exercitoria; institoria.

ϑ) Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navis praeposuerit, et quod cum eo ejus rei gratia, cui praepositus fuit, negotium gestum erit; . . . quin etiam licet extraneum quis quemcumque ma-

gistrum navis praeposuerit, sive servum sive liberum, tamen ea praetoria actio in eum redditur; ideo autem exercitoria actio appellatur, quia exercitor vocatur is, ad quem quotidianus navis quaestus pervenit. Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum, sive servum sive liberum, praeposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia, cui praepositus est, contractum fuerit; ideo autem institoria vocatur, quia qui tabernae praeponitur, institor appellatur. (Gaj. IV, 71.)

§. 77.

Abtretung der Forderungen (Cession).

1. Begriff (Cession und Delegation).

α) Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum (sc. traditionem, mancipationem) recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. Quae dicitur novatio obligationis. (Gaj. II, 38.)

β) Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri. (Gaj. II, 39.)

γ) Delegatio debiti nisi consentiente et stipulanti promittente debitore jure perfici non potest: nominis autem venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet. (L. 1. C. de novat. 8, 42.) Alexand.

2. Personen: Cedent, Cessionar, Cessus.

3. Wirkungen. Denunciatio. Gewährleistung des Cedenten. — Lex Anastasiana.

δ) Si nomen sit distractum, Celsus scribit, locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare; nisi aliud convenit. (L. 4. D. de her. vend. 18, 4.) Ulp.

Erlöschen der Obligationen.

§. 78.

A. Zahlung (Solutio und datio in solutum).

[Inst. tit. quib. mod. obl. tollitur, 3, 29.]

1. Begriff.

α) Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem. (L. 54. D. de solut. 46, 3.) Paul.

β) Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. (L. 176. D. de V. S. 50, 16.) Ulp.

γ) Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit (pr. I. quib. mod. obl. toll. 3, 29.).

2. Personen:

a) Der Zahler.

δ) Nec interest, quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo. Liberatur etiam et alio solvente, sive sciente sive ignorante debitore, vel invito eo, solutio fiat (pr. I. cit.).

b) Der Empfänger.

ε) Vero procuratori recte solvitur; verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter, vel cui omnium negotiorum administratio mandata est. — Sed etsi non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur. (L. 12. pr. §. 4. D. de solut. 46, 3.) Ulp.

ζ) Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest; . . . si tamen solverit ei debitor et nummi salvi sint, petentem pupillum doli mali exceptione debitor summovebit. (L. 15. D. eod.) Paul.

3. Gegenstand und Maß der Zahlung. — Zahlungsbeschränkungen:

a) durch sogenanntes Beneficium competentiae;

η) In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant. (L. 173. pr. de R. J. 50, 17.) Paul.

b) im Konkurs (concursus creditorum).

ϑ) Si quidem vivi bona veneant, jubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi; . . . postea jubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona veneant: itaque in diebus [X bonorum venditionem] fieri jubet. Emptori addici jubet. (Gaj. 3, 79.)

ι) Sed bonorum venditiones exspiraverunt et tantummodo creditoribus datur officio judicis bona possidere et, prout eis utile visum fuerit, ea disponere (pr. I. de succ. subl. 3, 12.).

ϰ) Is qui bonis cessit, si quid postea adquisierit, in quantum facere potest convenitur. (L. 4. pr. D. de cess. bon. 42, 3.) Ulp.

4. Zeit der Zahlung.

a) Dispositivnormen. „Dies adjectus pro reo est." — Repraesentatio und Interusurium (Diskonto).

b) Verzug (Mora debitoris, creditoris).

λ) Mora fieri intelligitur non ex re sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit. Quod apud judicem examinabitur; nam difficilis est hujus rei definitio . . . cum sit magis facti, quam juris. (L. 32. pr. D. de usur. 22, 1.) Marcian.

μ) „Dies interpellat pro homine."

5. Ort der Zahlung.

ν) Cum . . . quid legatum sit, neque adscriptum quo loco detur: quocunque loco petetur, dari debetur sic uti ex stipulatu aut nomine facto petatur. (L. 1. D. de ann. leg. 33, 1.) Pomp.

§. 79.

B. Novation.

α) Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur; novatio enim a novo nomen accipit et a nova obligatione. (L. 1. pr. D. de nov. 46, 2.) Ulp.

β) Si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio vel dies vel sponsor adjiciatur aut detrahatur. (Gaj. III, 177.)

γ) Quod ego debeo si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat; si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur. (L. 8. §. 5. D. h. t. 46, 2.) Ulp. (Expromission.)

δ) Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit. (L. 11. pr. D. eodem.) Ulp. (Delegation.)

ε) Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt. (L. 18. D. eod.) Paul.

C. Erlaßverträge.

ζ) Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur. (L. 153. D. de R. J. 50, 17.) Ulp.

η) Prout quidque contractum est ita et solvi debet: ut cum re contraxerimus, re solvi debet; et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet; aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest. (L. 80. D. solut. 46, 3.) Pompon.

1. Nexi liberatio.

ϑ) Est etiam species imaginariae solutionis, per aes et libram: quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex causa judicati debeatur. Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens; deinde is qui liberatur ita oportet loquatur: „Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam"; deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa. (Gaj. III, 173, 174.)

2. Acceptilatio (verbis).

ι) Acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio; quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere: „quod ego tibi promisi habesne acceptum"? et ut respondeas: „habeo." (Gaj. III, 169.)

κ) Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est: acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit. (L. 8. §. 3. D. de accept. 46, 4.) Ulp.

λ) Sed et id, quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem tolli. (Gaj. III, 180.)

μ) Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes et a Gallo Aquilio ita composita est: „*Quidquid te mihi ex quacunque causa dare, facere oportet, oportebit, praesens in diemve, quarum rerum mihi tecum actio, quaeque abs te petitio, vel adversus te persecutio est, erit, quodve tu mecum habes, tenes, possides, possedisti, dolove malo fecisti, quo minus possideas: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est A^s A^s, spopondit N^s N^s.*“ Item ex diverso N^s N^s interrogavit A^m A^m: „*Quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habesne acceptum?*“ Respondet A^s A^s: „*habeo acceptumque tuli.*“ (§. 2. I. quib. mod. 3, 29.)

3. Contrarius consensus (s. mutuus dissensus).

ν) Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta. (L. 3. D. de resc. vend. 18, 5.) Paul.

ξ) . . . Nec quidquam interest, utrum integris omnibus, in qua obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restitutis his, quae ego tibi praestitissem, consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine praestares. (L. 58. D. de pact. 2, 14.) Nerat.

4. Pactum de non petendo.

ο) Pactorum quaedam in rem sunt, quaedem in personam: in rem sunt, quotiens generaliter paciscor, ne petam; in personam, quotiens ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam. Utrum autem in rem an in personam pactum factum est, minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est. (L. 7. §. 8. D. de pact. 2, 14.) Ulp.

5. Vergleich (transactio).

π) Qui transigit quasi de re dubia et lite incerta, neque finita, transigit; qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit. (L. 1. D. de transact. 2, 15.) Ulp.

§. 80.

D. Kompensation.

1. Begriff. Compensatio voluntaria, necessaria.

α) Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. (L. 1. D. de comp. 16, 2.) Modest.

β) Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere. (L. 3. D. h. t.) Pomp.

γ) Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare. (L. 2. D. h. t.) Jul. (Kompensationseinrede.)

2. Voraussetzungen der erzwingbaren Kompensation: Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Fälligkeit, Liquidität der Forderungen.

δ) . . . in compensationem hoc solum vocatur, quod ejusdem generis et naturae est; veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino, . . . sed ita, si ejusdem naturae qualitatisque sit. . . . Compensatur autem hoc solum, quod praesenti die debetur. (Gaj. IV, 66, 67.)

ε) Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare. (L. 14. §. 1. C. de comp. 4, 31.) Justinian.

ζ) „Liquidi cum illiquido nulla compensatio."

3. Wirkung.

η) Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates. (L. 4. C. de compens. 4, 31.) Anton.

ϑ) Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a D. Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas. (L. 11. D. h. t. 16, 2.) Ulp.

E. Unwillkürliche Erlöschungsthatsachen. Insbesondere: Confusio; zufälliger Untergang des Schuldgegenstandes; Untergang der accessorischen Schuld mit der Hauptschuld.

ι) Aditio hereditatis nonnumquam jure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris, vel contra debitor creditoris adierit hereditatem. (L. 95. §. 2. D. de solut. 46, 3.) Pap.

κ) Si Stichus certo die dari promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor. (L. 33. D. de V. O. 45, 1.) Pomp.

λ) „Genus perire non censetur.“

μ) In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores . . .; praeterquam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur. (L. 43. D. de solut. 46, 3.) Ulp.

Viertes Kapitel.

Familienrecht.

I. Die Ehe.

§. 81.

Wesen und Arten der Ehe.

[Inst. tit. de nuptiis, 1, 10.]

1. Matrimonium (nuptiae) im Gegensatz zu: Konkubinat, Pellikat, Kontubernium.

α) Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuam vitae consuetudinem continens. (§. 1. I. de patr. pot. 1, 9.)

β) Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio. (L. 1. D. de ritu nupt. 23, 2.) Mod.

γ) Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet. (L. 4. D. de concub. 25, 7.) Paul.

δ) Quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est. (L. 3. §. 1. D. eod.) Marc.

ε) Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. (Paul. sent. rec. II, 20.)

ζ) Pellicem nunc vulgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat. (L. 144. D. de V. S. 50, 16.) Gran. Flaccus.

η) Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest. (Paul. S. R. II, 19. §. 6.)

2. Matrimonium justum (i. e. juris civilis) und matrimonium juris gentium.

ϑ) Justum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, connubium sit. (Ulp. Fr. V, 2.)

3. Manusehe und sogenannte freie Ehe (uxor in manu, uxor tantummodo).

ι) Genus est uxor; ejus duae formae: una matrumfamilias, eae sunt, quae in manum convenerunt; altera earum, quae tantummodo uxores habentur. (Cic. Top. 3, 14.)

§. 82.

Verlöbniß und Eheschließung.

1. Verlobung (sponsalia).

α) Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque jure solita fieri, scripsit Servius Sulpicius in libro quem scripsit de dotibus. Qui uxorem, inquit, ducturus erat, ab eo unde ducenda erat stipulabatur, eam in matrimonium daturum; ductum iri, qui ducturus erat itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur „sponsalia". Tum quae promissa erat, „sponsa" appellabatur, qui spoponderat ducturum, „sponsus". Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, is qui stipulatur, ex sponso agebat; judices cognoscebant. Judex, quamobrem data acceptave non esset uxor, quaerebat. Si nihil justae causae videbatur, litem pecunia aestimabat: quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum qui spoponderat, ei qui stipulatus erat condemnabat. (Gell. noct. Att. IV, 4.)

β) . . . inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura sive jam contracta. (L. 134. pr. D. de V. O. 45, 1.) Paul.

γ) Infamia notatur, QVI BINA SPONSALIA BINASVE NVPTIAS IN EODEM TEMPORE CONSTITVTAS HABVERIT. (L. 1. D. de his qui not. 3, 2.)

2. Schließung der Manusehe.

a) Confarreatio.

δ) Farreo convenitur in manum certis verbis et testibus X praesentibus et solemni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur. (Ulp. Fr. IX.)

ε) Quod jus etiam nostris temporibus in usu est; nam flamines majores i. e. Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nuptiis nati sunt, non leguntur, ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt. (Gaj. I, 112.)

b) Coemptio.

ζ) Coemptione in manum conveniunt per mancipationem i. e. per quandam imaginariam venditionem, nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit eam mulierem is, cujus in manum convenit. (Gaj. I, 113.)

η) Coemptio vero certis solemnitatibus peragebatur et sese in coemendo invicem interrogabant. Vir ita: „an sibi mulier materfamilias esse vellet?“ illa respondebat: „velle“. Item mulier interrogabat: „an vir sibi paterfamilias esse vellet?“ ille respondebat: „velle“. (Boeth. in Cic. Top. c. 3, 4.)

c) Nachträglicher Manuserwerb durch usus.

ϑ) Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum obtinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cujusque anni interrumperet. Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est. (Gaj. I. 111.)

3. Schließung der freien Ehe.

a) In klassischer Zeit. (In domum deductio.)

ι) „Consensus facit nuptias.“ (Cfr. L. 30. D. de R. I. 50, 17.)

κ) Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, i. e. qui coeunt quorumque in potestate sunt. (L. 2. D. de R. N. 23, 2.) Paul.

λ) Mulierem absenti per litteras ejus vel per nuntium posse nubere placet, si in domum ejus deduceretur; eam vero quae abesset, ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse; deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii. (L. 5. D. de R. N. 23, 2). Pomp.

b) In christlicher Zeit. (Instrumenta nuptialia, Anfänge der benedictio sacerdotalis.)

§. 83.

Auflösung der Ehe.

1. Tod; Capitis deminutio maxima, media.

2. Scheidung.

a) Prinzip.

α) Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere, et stipulationes, quibus poenae irrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat. (L. 2. C. de inut. stip. 8, 39.) Alex.

b) Form der Scheidung: Diffarreatio, remancipatio, repudium.

β) In sponsalibus quoque discutiendis placuit renuntiationem intervenire oportere, in qua re haec verba probata sunt: *condicione tua non utor.* (L. 2. §. 2. D. de divort. 24, 2.) Gaj.

γ) In repudiis autem i. e. renuntiatione comprobata sunt haec verba: *tuas res tibi habeto,* item haec: *tuas res tibi agito.* (L. 2. §. 1. D. eod.) Gaj.

δ) Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum ejus, qui divortium faciet. (L. 9. D. de divort. 24, 2.) Paul.

c) Spätere Erschwerungen der Scheidung. — Divortium communi consensu, divortium bona gratia; justae causae repudii.

§. 84.

Das eheliche Güterrecht. Uebersicht.

1. Grundsatz für die Manusehe.

α) Cum mulier viro in manum convenit, omnia quae mulieris fuerunt, viri fiunt. (Cic. Top. 4, 23.)

β) Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos, qui in potestate nostra sunt. (Gaj. II, 90.)

2. Für die freie Ehe: Prinzip der Gütertrennung (sogenanntes Dotalsystem). — Praesumtio Muciana.

γ) Q. Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad

mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est, quod non demonstratur unde habeat, existimari a viro (aut qui in potestate ejus esset) ad eam pervenisse. (L. 51. D. de don. int. v. et ux. 24, 1.) Pomp.

3. Onera matrimonii. — Dos (s. unten §. 85); Parapherna.

δ) Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt. (L. 56. §. 1. de jure dot. 23, 3.) Paul.

4. Donatio propter nuptias.

5. Verbot der Ehegattenschenkung (Donatio inter virum et uxorem).

a) Grund und Zweck.

ε) Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent; hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. (L. 1. D. de don. i. v. et ux. 24, 1.) Ulp.

ζ) Sextus Caecilius et illam causam adjiciebat, quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalitia essent matrimonia. (L. 2. D. eod.) Paul.

η) Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt . . . quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt. (L. 9. §. 2. L. 10. D. eod.) Ulp. Gaj.

b) Wirkungen.

ϑ) Si corpus sit quod donatur nec traditio quidquam valet, et si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nihil valet: ipso enim jure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt. (L. 3. §. 10. D. eod.) Ulp.

ι) Hactenus revocatur donum ab eo eave cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est. (L. 5. §. 18. D. eod.) Ulp.

c) Konvaleszenz.

κ) Imperator noster Antonius Augustus ante excessum D. Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi, ut aliquid laxaret ex juris rigore. . . . Ait oratio: „Fas esse eum quidem qui donavit poenitere; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus,

qui donaverit, durum et avarum esse." (L. 32. §. 2. D. eod.) Ulp.

§. 85.

Die Dos insbesondere.

1. Wesen und Zweck derselben.

α) Siehe oben §. 84, δ.

2. Dotationspflicht (Dos profectitia, adventitia).

β) Reipublicae interest, mulieres dotes suas salvas habere, propter quas nubere possunt. (L. 2. D. de j. dot. 23, 3.) Paul.

γ) Capite XXXV legis Juliae qui liberos, quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, (vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione divorum Severi et Antonini) per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. (L. 19. D. de ritu nupt. 23, 2.) Marcian.

δ) Dos aut profectitia dicitur, id est quam pater mulieris dedit; aut adventitia, id est ea, quae a quovis alio data est. (Ulp. Fr. VI, 3.)

3. Dosbestellung (Dotis datio, dictio, promissio).

ε) Dos aut datur aut dicitur aut promittitur. Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si jussu ejus dicat; item parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem omnes possunt. (Ulp. Fr. VI, 1.)

ζ) . . . „dotis filiae meae tibi erunt aurei centum" . . . (L. 125. D. de V. S. 50, 16.) Proculus.

η) Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus sive scripta fuerint sive non, etiamsi (dictio vel) stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta. (L. 6. C. de dot. prom. 5, 11.) Theodosius.

4. Rechtsverhältniß an der Dos.

ϑ) Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est. (L. 75. D. de j. dot. 23, 3.) Tryphonius.

ι) Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat. . . . Nam dotale praedium maritus

invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, vel mancipatum ei dotis causa vel in jure cessum vel usucaptum; quod quidem jus utrum ad Italica tantum praedia, an etiam ad provincialia pertineat dubitatur. (Gaj. II, 62, 63.)

κ) Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit; cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere. (L. 7. pr. D. h. t. 23, 3.) Ulp.

λ) In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit, sed etiam [eam?] diligentiam praestabit quam in suis rebus exhibet. (L. 17. D. pr. eod.) Paul.

μ) Quotiens res aestimatae in dotem dantur, maritus, dominium consecutus, summae velut pretii debitor efficitur. (L. 5. C. h. t. 5, 12.) Alex.

5. Restitution der Dos:

a) wenn die Frau die Ehe überlebt;

ν) Divortio facto si quidem sui juris sit mulier ipsa habet rei uxoriae actionem id est dotis repetitionem; quodsi in potestate patris sit, pater adjuncta filia habet actionem; nec interest adventitia sit dos, an profectitia. (Ulp. Fr. VI, 6.)

b) bei Ehetrennung durch den Tod der Frau.

ξ) Mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum; quodsi pater non sit, apud maritum remanet. Adventitia autem dos semper penes maritum remanet; praeterquam si is, qui dedit, ut sibi redderetur, stipulatus fuerit; quae dos specialiter receptitia dicitur. (Ulp. Fr. VI, 4, 5.)

6. Abzüge zu Gunsten des Mannes (retentiones ex dote).

ο) Retentiones ex dote fiunt (aut propter liberos) aut propter mores aut propter impensas aut propter res donatas aut propter res amotas. (Ulp. Fr. VI, 9.)

π) . . . ob impensas in res dotales factas, . . . quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur. (§. 37. I. de act. 4, 6.)

7. Die Dotalklagen.

a) Die alte actio rei uxoriae.

b) Die actio ex stipulatu (und cautio rei uxoriae).
8. Justinians Reform des Dotalrechts.

II. Die väterliche Gewalt.

[Gaj. I, 55 sq. Inst. tit. de patria pot. 1, 9; de adoption. 1, 11.]

§. 86.

Entstehung der patria potestas.

1. Durch Geburt ex justis nuptiis.

α) Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium adgnoscere quasi non suum. (L. 6. D. de his qui sui, 1, 6.) Ulp.

β) Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse. (L. 12. D. de st. hom. 1, 5.) Paul.

γ) Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. (L. 3. §. 11. D. de suis, 38, 16). Ulp.

2. Durch Legitimation:
a) per subsequens matrimonium,
b) per dationem curiae,
c) per rescriptum principis.

3. Durch Adoption.

δ) Non tantum naturales liberi in potestate parentum sunt, sed etiam adoptivi. (Ulp. Fr. VIII, 1.)

ε) Quod adoptionis nomen est quidem generale: in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. Adoptantur filiifamilias, adrogantur qui sui juris sunt. (L. 1. §. 1. D. de adoption. 1, 7.) Modest.

ζ) In adoptionibus eorum dumtaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur; sin autem a patre dantur in adoptionem,

in his utriusque arbitrium spectandum est, vel consentiendo vel non contradicendo. (L. 5. D. h. t. 1, 7.) Cels.

η) Feminae adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in potestate sua habent: sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt. (§. 10. I. de adopt. 1, 11.)

a) Die Arrogation.

ϑ) Illa adoptio, quae per populum fit, specialiter adrogatio dicitur. (Ulp. VIII, 2.)

ι) Populi auctoritate adoptamus eos qui sui juris sunt; quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is, qui adoptat, rogatur i. e. interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, justum sibi filium esse, et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur, et populus rogatur, an id fieri jubeat. (Gaj. I, 99.)

κ) „Adrogatio" autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. . . . Ejus rogationis verba haec sunt: VELITIS JVBEATIS, VTI L. VALERIVS L. TITIO TAM JVRE LEGEQVE FILIVS SIET, QVAM SI EX EO PATRE MATREQVE FAMILIAS EJVS NATVS ESSET, VTIQVE EI VITAE NECISQVE IN EVM POTESTAS SIET, VTI PATRI ENDO FILIO EST. HAEC ITA VTI DIXI, ITA VOS QVIRITES ROGO. (Gell. N. Att. V. 19, §. 8, 9.)

λ) Si paterfamilias adoptatus sit, omnia, quae ejus fuerunt et adquiri possunt, tacito jure ad eum transeunt, qui adoptavit. (L. 15. pr. D. h. t. 1, 7.) Ulp.

μ) Adrogato patrefamilias liberi, qui in ejus erant potestate, nepotes apud adrogatorem efficiuntur, simulque cum suo patre in ejus recidunt potestatem; quod non similiter in adoptione contingit, nam nepotes ex eo in avi naturalis retinentur potestate. (L. 40. pr. D. h. t.) Mod.

b) Die Adoptio (im engeren Sinne).

ν) . . . ab eo (sc. patre) is, qui adoptat, vindicat apud praetorem FILIVM SVVM ESSE et illo contra non vindicante a praetore vindicanti filius addicitur. . . . Eadem in provinciis apud praesidem provinciae solent fieri. (Gaj. I, 134.)

ξ) Veteres circuitus in adoptionibus . . . corrigentes sive tollentes censemus, licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, . . . hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestare, prae-

sente eo qui adoptatur et non contradicente, nec non eo qui eum adoptat. (L. ult. C. de adopt. 8, 48.) Justinian.

o) In plurimis autem causis adsimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus est, ei qui ex legitimo matrimonio natus est. (§. 8. I. h. t. 1, 11.)

π) In adoptionem datus aut emancipatus quascumque cognationes adfinitatesque habuit, retinet, adgnationes perdit. (L. 40. §. 10. D. de gradib. 38, 10.) Mod.

c) „Adoptio plena" und „adoptio minus plena" des justinianischen Rechtes.

§. 87.

Endigung und Schutz der väterlichen Gewalt.

1. Tod und capitis deminutio (des Vaters oder Kindes).

α) Morte patris filius et filia sui juris fiunt: morte autem avi nepotes ita demum sui juris fiunt, si post mortem avi in potestate patris futuri non sunt, veluti si moriente avo pater eorum aut etiam decessit aut de potestate dimissus est: nam si mortis avi tempore pater eorum in potestate ejus sit, mortuo avo in patris sui potestate fiunt. (Ulp. Fr. X, 2.)

β) Poenae servus effectus filios in potestate habere desinit. (§. 3. I. quib. mod. 1, 12.)

γ) Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum propter jus postliminii, quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint omnia pristina jura recipiunt; itaque reversus habebit liberos in potestate: si vero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui juris, sed utrum ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicemus, propter jus postliminii potestatem quoque parentis in suspenso esse. (Gaj. I, 129.)

2. Emanzipation (Emancipatio vetus, Anastasiana, Justinianea).

δ) Emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri vero liberi, sive masculini sexus sive feminini, una mancipatione

exeunt de parentum potestate: lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis: SI PATER FILIVM TER VENVMDVIT, A PATRE FILIVS LIBER ESTO. Eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui; is eum vindicta manumittit; eo facto revertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat vel eidem vel alii (sed in usu est eidem mancipari), isque eum postea similiter vindicta manumittit, quo facto rursus in potestatem patris sui revertitur; tunc tertio pater eum mancipat vel eidem vel alii (sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur) eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii.... (Gaj. I, 132.)

ε) Nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut fictione pristina explosa recta via apud competentes judices vel magistratus intrent et filios suos vel filias vel nepotes vel neptes ac deinceps sua manu dimitterent. (§. 6. I. quib. mod. potestas solvit. 1, 12.)

3. Klagen aus der patria potestas (Interdictum de liberis exhibendis, de liberis ducendis).

ζ) Ait praetor: QVI QVAEVE IN POTESTATE LVCII TITII EST, SI IS EAVE APVD TE EST, DOLOVE MALO TVO FACTVM EST, QVO MINVS APVD TE ESSET, ITA EVM EAMVE EXHIBEAS. (L. 1. D. de lib. exhib. 43, 30.)

η) Deinde ait praetor: SI LVCIVS TITIVS IN POTESTATE LVCII TITII SIT, QVO MINVS EVM LVCIO TITIO DVCERE LICEAT, VIM FIERI VETO. (L. 3. pr. D. eod.)

ϑ) Si filius in potestate patris esse se neget, praetor cognoscit (ita) ut prior doceat filius, quia . . . se liberum esse quodammodo contendit. (L. 8. D. de prob. 23, 3.) Paul.

§. 88.

Vermögensrechtliche Stellung der Hauskinder.

A. In republikanischer Zeit (Vermögensunfähigkeit; Peculium profectitium).

α) Nulla omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest; — ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. (Gaj. IV, 78; II, 87.)

β) „Peculium“ dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum. (L. 5. §. 3. D. de pec. 15, 1.) Ulp.

γ) Peculium . . . moritur, cum ademtum sit. (L. 40. pr. §. 1. D. eod. 15, 1.) Marc.

B. In der Kaiserzeit.

1. Peculium castrense (und quasi castrense).

δ) Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamilias in militia adquisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset. (L. 11. D. de castr. pec. 49, 17.) Macer.

ε) Peculio castrensi cedunt res mobiles, quae eunti in militiam a patre vel a matre aliisve propinquis vel amicis donatae sunt, item quae in castris per occasionem militiae quaeruntur; in quibus sunt etiam hereditates eorum, qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiae occasionem, etiamsi res immobiles in his erunt. . . . empta ex castrensi peculio praedia ejus conditionis efficiantur. (L. 1. C. eod. 12, 37.) Alex.

ζ) . . . filiifamilias in castrensi peculio vice patrum familiarum funguntur. (L. 2. D. ad S. C. Mac. 14, 6.) Ulp.

η) Filiusfamilias testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. Sed Divus Augustus constituit, ut filiusfamilias miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit. (Ulp. Fr. XX, 10.)

ϑ) Si filiusfamilias miles decesserit, si quidem intestatus, bona ejus non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur: si autem testamento facto, hic pro heredidate habetur castrense peculium. (L. 2. D. de castr. pec. 49, 17.) Ulp.

2. Bona adventitia (Peculium advent. regulare, irregulare).

ι) Sancitum etenim a nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquirat: . . . quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias adquisivit, hujus usumfructum quidem patri adquirat, dominium autem apud eum remaneat, ne quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accessit, hoc in alium perveniens luctuosum ei procedat. (§. 1. I. p. qu. pers. nob. adqu. 2, 9.)

III. Die Vormundschaft.

§. 89.

Wesen und Arten derselben.

[Inst. tit. de tutelis, 1, 13.]

1) Die Vormundschaft als Gewaltverhältniß (Gegensatz zur Obligatio).

α) Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa. (L. 1. pr. D. de tut. 26, 1.) Paul.

2. Wirthschaftlicher Charakter des Verhältnisses (Eigenrecht des Vormunds — munus publicum).

β) Legitimae tutelae lege XII tabularum adgnatis delatae sunt et consanguineis, item patronis, i. e. his qui ad legitimam hereditatem admitti possint; hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur. (L. 1. pr. D. de leg. tut. 26, 4.) Ulp.

γ) . . . tutelam et curam placuit publicum munus esse. (pr. I. de excus. 1, 25.)

3. Arten: Tutela impuberum, Tutela mulierum, Cura.

δ) Tutores constituuntur tam masculis quam feminis; sed masculis quidem impuberibus dumtaxat propter aetatis infirmitatem; feminis autem tam impuberibus quam puberibus et propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam. (Ulp. Fr. XI, 1.)

ε) Certae autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non causae vel rei datur. (§. 4. I. qui dari tut. 1, 14.)

ζ) Curator et ad certam causam dari potest. (§. 2. I. de cur. 1, 23.)

§. 90.

Die Altersvormundschaft (tutela impuberum).

[Inst. titt. 1, 14—20.]

1. Berufung zur Tutel (delatio tutelae).

a) Durch Testament (testamentaria tutela).

α) Testamento nominatim tutores dati confirmantur lege XII tabularum his verbis: VTI LEGASSIT SVPER PECVNIA TVTELAVE SVAE REI, ITA JVS ESTO: qui tutores dativi appellantur. (Ulp. Fr. XI, 14.)

β) Rectissime autem tutor sic dari potest: LVCIVM TITIVM LIBERIS MEIS TVTOREM DO LEGO aut DO; sed et si ita scriptum sit: LIBERIS MEIS vel VXORI MEAE TITIVS TVTOR ESTO, recte datus intelligitur. (Gaj. I, 149.)

γ) Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis heredibus cum moritur habuit habiturusve esset, si vixisset. (L. 73. §. 1. D. de R. J. 50, 17.) Q. Mucius.

b) Durch das Gesetz (tutores legitimi).

δ) Quibus testamento quidem tutor datus non sit, eis ex lege XII (tab.) adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi. (Gaj. I, 155.)

ε) Si plures sunt adgnati, proximus tutelam nanciscitur, et si eodem gradu plures sint, omnes tutelam nanciscuntur. (L. 1. D. de leg. tut. 26, 4.) Gaj.

ζ) Ex eadem lege XII tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quae et ipsa legitima tutela vocatur. (pr. I. de leg. patr. tut. 1, 17.)

c) Durch obrigkeitliche Bestellung (tutor Atilianus).

η) Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et majore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a praesidibus provinciarum ex lege Julia et Titia. (Gaj. I, 185.)

2. Endigung der Tutel (insbes. abdicatio, remotio).

ϑ) . . . tutor testamento datus . . . si abdicaverit se tutela, desinit esse tutor: abdicare autem est dicere nolle se tutorem esse; legitimus abdicare se non potest. (Ulp. Fr. XI, 17.)

ι) Datum est autem jus removendi suspectos tutores Romae praetori et in provinciis praesidibus earum et legato proconsulis. . . . Consequens est, ut videamus qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere.... Suspectus est autem qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est, ut Julianus quoque rescripsit. Sed et antequam incipiat gerere tutelam tutor, posse eum quasi

suspectum removeri idem Julianus rescripsit, et secundum eum constitutum est. Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est; si ob culpam non aeque. (§. 1, 3, 5, 6. I. de susp. tut. 1, 26.)

3. Führung der Tutel (Auctoritatem interponere und negotia gerere).

a) Auctoritas.

κ) Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, post tempus vero aut per epistolam interposita auctoritas ejus nihil agit. (L. 9. §. 5. D. de auct. tut. 26, 8.) Ulp.

λ) Si plures sint tutores, omnes in omni re debent auctoritatem accommodare, praeter eos qui testamento dati sunt, nam ex his vel unius auctoritas sufficit. (Ulp. Fr. XI, 26.)

b) Gestio (s. administratio).

μ) In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc judicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam. (L. 1. pr. D. de tutelae et rationib. 27, 3.) Ulp.

ν) Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere. Quae oratio in senatu recitata est. . . . (L. 1. pr. §. 1. D. de reb. eor. 27, 9.) Ulp.

c) Tutela divisa, indivisa.

ξ) Sed et si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli vel adolescentis et contutori et concuratori praeferri, ut solus administret. (§. 1. I. de satisd. tut. 1, 24.) — Tutor gerens.

ο) Ceteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi quos vulgo honorarios appellamus; nec quisquam putet ad hos periculum nullum redundare . . . dati sunt enim quasi observatores ejus (sc. gerentis) et custodes, imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. (L. 3. §. 2. D. de adm. tut. 26, 7.) Ulp. — Tutor honorarius.

4. Haftung aus der Vormundschaft (Actio rationibus distrahendis; judicium tutelae; cautio „rem pupilli salvam fore“).

π) Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit. —

Haec actio licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli poena est. (L. 2, pr. §. 2. D. de tutelae et rat. 27, 3.) Paul.

ϱ) Tutelae quoque judicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore, sed et contra tutor cum pupillo habet actionem, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditori ejus obligaverit. (L. 5. §. 1. D. de O. et A. 44, 7.) Gaj.

σ) Cum „rem salvam fore" pupillo cavetur, committitur stipulatio, si, quod ex tutela dari fieri oportet, non praestetur. (L. 11. D. rem pup. 46, 6.) Nerat.

§. 91.
Die Weibervormundschaft (tutela mulierum).

[Gaj. I, 190 sq.]

1. Zweck und Inhalt dieser Vormundschaft.

α) Veteres voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse. (Gaj. I, 144.)

β) Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt; mulierum autem tutores auctoritatem duntaxat interponunt. — Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipi alienent. (Ulp. Fr. XI, 25, 27.)

γ) Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur. Unde cum tutore nullum ex tutela judicium mulieri datur. (Gaj. I, 190, 191.)

δ) Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelliguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum, neque ad res mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi obligationisve suscipiendae interveniat: eaque omnia ipsorum causa (i. e. tutorum) constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat. (Gaj. I, 192.)

2. Delation.

a) Testament (insbes. tutoris optio).

ε) Uxori quae in manu est, proinde ac filiae, item nurui quae in filii manu est, proinde ac nepti tutor dari potest. . . . In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, i. e. ut liceat ei permittere, quem velit ipsa tutorem sibi optare, hoc modo: TITIAE VXORI MEAE TVTORIS OPTIONEM DO; quo casu licet uxori eligere tutorem vel in omnes res vel in unam forte aut duas. (Gaj. I, 148, 150.)

b) Gesetz.

ζ) Feminarum legitimas tutelas lex Claudia sustulit, excepta tutela patronorum. (Ulp. Fr. XI, 8.)

η) Adgnatis et patronis et liberorum capitum manumissoribus permissum est feminarum tutelam alii in jure cedere; pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur. Is autem cui ceditur tutela cessicius tutor vocatur. (Gaj. I, 168, 169.)

ϑ) Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, seu etiam cum extraneo, unde aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciae causa: quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur motrimonii causa fecisse coemptionem: quae vero alterius rei causa facit coemptionem cum viro suo aut cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem. Quod est tale: Si qua velit quos habet tutores reponere, ut alium nanciscatur, iis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei cui ipsa velit, et ab eo vindicta

manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur. (Gaj. 114, 115.)

c) Bestellung durch den Prätor.

ι) Ex lege Julia de maritandis ordinibus tutor datur a praetore urbis ei mulieri virginive, quam ex hac ipsa lege nubere oportet, ad dotem dandam dicendam promittendamve, si legitimum tutorem pupillum habeat. (Ulp. Fr. XI, 20.)

§. 92.

Die Kuratel (Cura).

[Inst. tit. de curat. 1, 23; Gaj. I, 178 sq.]

1. Begriff und Umfang. (Sogenannte cura personalis, cura bonorum.)

α) Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus et salus furiosi. (L. 7. pr. D. de curat. 27, 10.) Jul.

2. Berufung.

β) Curatores aut legitimi sunt i. e. qui ex lege XII tabularum dantur, aut honorarii i. e. qui a praetore constituuntur. (Ulp. Fr. XII, 1.)

3. Hauptfälle: a) Cura furiosi, b) Cura prodigi, c) Cura absentis, d) Cura minorum.

γ) Lex: SI FVRIOSVS ESCIT, ADGNATVM GENTILIVMQVE IN EO PECVNIAQVE EJVS POTESTAS ESTO. (Cic. de inv. 50, 148.)

δ) Sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit, curatorem ei dare exemplo furiosi. (L. 1. pr. D. de cur. fur. 27, 10.) Ulp.

ε) Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: „QVANDO TIBI BONA PATERNA AVITAQVE NEQVITIA TVA DISPERDIS LIBEROSQVE TVOS AD EGESTATEM PERDVCIS, OB EAM REM TIBI EA RE COMMERCIOQVE INTERDICO.“ (Paul. S. R. III, 4. §. 7.)

ζ) De curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Plaetoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti (sc. minores) curatores acciperent non redditis causis. (Capitol. Marc. Ant. Phil. 10.)

4. Haftung des Kurators.

η) Cum furiosi curatore non tutelae, sed negotiorum gestorum actio est; quae competit etiam dum negotia gerit. (L. 4. §. 3. D. de tutel. 27, 3.) Paul.

Fünftes Kapitel.

Erbrecht.

§. 93.

Einleitung und Uebersicht.

1. Der Nachlaß als rechtliche Einheit.

α) „Hereditas" juris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit. (L. 178. §. 1. de V. S. 50, 17.) Ulp.

β) Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet. (L. 50. pr. D. de hered. petit. 5, 3.) Pap.

γ) Hereditas in multis partibus juris pro domino habetur adeoque hereditati quoque ut domino per servum hereditarium adquiritur. (L. 61. pr. D. de A. R. D. 41, 1.) Hermog.

2. Nachfolge in den Nachlaß: Gesammtnachfolge (Erbfolge), Einzelnachfolge (Vermächtnißfolge).

δ) Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit. (L. 62. D. de R. J. 50, 17.) Jul.

ε) Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat. (L. 59. D. eod.) Ulp.

ζ) Legatum est donatio testamento relicta. (L. 36. D. de legat. II; 31.) Modest.

3. Berufung zur Erbschaft (Delation).

η) Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. (L. 151. D. de V. S. 50, 16.) Ter. Clem.

4. Delationsgründe: a) Testament, b) Gesetz; — Delation gegen den letzten Willen.

ϑ) (Hereditatum) duplex condicio est: nam vel ex testamento, vel ab intestato ad nos pertinent. (Gaj. II, 99.)

ι) Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. (L. 39. D. de aquir. v. om. hered. 29, 2.) Ulp.

κ) Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est: „testatus“ et „intestatus“. (L. 7. D. de R. J. 50, 17.) Pomp.

λ) Neque enim idem ex parte testatus, et ex parte intestatus decedere potest; nisi sit miles. (§. 5. I. de her. inst. 2, 14.)

Die Gesammtnachfolge von Todeswegen. (Lehre von der Erbschaft.)

§. 94.

Civiles und prätorisches Erbfolgesystem (Hereditas und bonorum possessio).

[Inst. tit. de bonor. poss. 3, 9.]

1. Grund des Eingreifens der Prätoren in die Erbfolgeordnung.

α) Jus bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris juris gratia. . . . Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. . . . Adhuc autem et alios complures gradus praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur: nam angustissimis finibus constitutum per legem XII tab. jus percipiendarum hereditatum praetor ex bono et aequo dilatavit. (pr. §. 1, 2. I. h. t. de B. P. 3, 9.)

β) Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent et creditoribus longior mora fieret. E re igitur praetor putavit praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores

scire, utrum habeant cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncto. (L. 1. pr. D. de succ. ed. 38, 9.) Ulp.

2. Form dieses Eingreifens: Zuweisung des Nachlaßbesitzes (Bonorum possessio, edictalis, decretalis).

3. Wirkung der erlangten B. P.

γ) Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem heredes quidem ipso jure non fiunt (nam praetor heredem facere non potest: per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales): sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur et vocantur bonorum possessores. (§. 2. I. h. t. 3, 9.)

δ) Bonorum possessio aut cum re datur, aut sine re: cum re, si is qui accepit cum effectu bona retineat; sine re, cum alius jure civili evincere hereditatem possit. (Ulp. Fr. XXVIII, 13. Vgl. Gaj. III, 35—37.)

4. Verschmelzung beider Erfolgesysteme im justinianischen Recht.

Delation der Erbschaft.

I. Durch Testament.

§. 95.

Begriff des Testaments. — Testamentsfähigkeit (Testamenti factio).

1. Begriff.

α) Testamentum est mentis nostrae justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat. (Ulp. Fr. XX. 1.)

β) Julianus ait, tabulas testamenti non intelligi, quibus heres scriptus non est, ut magis codicilli quam testamentum existimandae sint. (L. 20. D. de jure cod. 29, 7.) Paul.

2. Testamenti factio activa.

γ) Uti legassit svper pecvnia tvtelave svae rei, ita jvs esto. (XII. tab. Ulp. Fr. XI, 14.)

δ) Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi jus non habet: adeo ut, quamvis pater ei permittat, nihilo magis tamen jure testari possit. (L. 6. pr. D. qui test. facere poss. 28, 1.) Gaj.

ε) Impubes, licet sui juris sit, facere testamentum non potest, quoniam nondum plenum judicium animi habet. . . . Mutus, surdus, furiosus, itemque prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt. (Ulp. Fr. XX, 12, 13.)

ζ) Observandum praeterea est, ut si mulier quae in tutela est faciat testamentum, tutore auctore facere debeat: alioquin inutiliter jure civili testabitur. (Gaj. II, 118.)

3. Testamenti factio passiva.

η) Heredes institui possunt, qui testamenti factionem cum testatore habent. (Ulp. Fr. XXII, 1.)

ϑ) Latinus Junianus, item is qui dediticiorum numero est testamentum facere non potest; — dediticiorum numero heres institui non potest, quia peregrinus est, cum quo testamenti factio non est. (Ulp. Fr. XX, 14; XXII, 2.)

ι) Nec municipium nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est: . . . senatusconsulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint. — Deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatusconsulto constitutionibusve principum instituere concessum est. (Ulp. Fr. XXII, 5, 6.)

§. 96.

Form der Testamente.

[Gaj. II, 101—111; Inst. tit. de testam. ordin. 2, 10.]

A. Nach ältestem Recht.

1. Testamentum in comitiis calatis.

2. Testamentum in procinctu.

α) Testamentorum genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamenta faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant: aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et

armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri. (Gaj. II, 101.)

B. Nach klassischem Recht.

3. Testamentum per aes et libram (Manzipationstestament).

β) Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur; qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urguebatur, amico familiam suam (i. e. patrimonium suum) mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet: quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur quam olim solebat: namque olim familiae emptor, i. e. qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet: nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur. Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: FAMILIA PECVNIAQVE TVA ENDO MANDATELAM CVSTODELAMQVE MEAM, QVO TV JVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGEM PVBLICAM, HOC AERE (et ut quidam adjiciunt) AENEAQVE LIBRA ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco: deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS QVIRITES TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE: et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare. (Gaj. II, 102—104.)

γ) In testamento quod per aes et libram fit duae res aguntur: familiae mancipatio et nuncupatio testamenti: . . . quae nuncupatio et testatio vocatur. (Ulp. Fr. XX, 9.)

δ) Uno contextu actus testari oportet; est autem „uno con-

textu“ nullum actum alienum testamento intermiscere: quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur. (L. 21. §. 3. D. qui test. fac. 28, 1.) Ulp. („Unitas actus.“)

4. Das prätorische Testament (testamentum septem signis signatum).

ε) „SI DE HEREDITATE AMBIGITVR ET TABVLAE TESTAMENTI OBSIGNATAE NON MINVS MVLTIS SIGNIS QVAM E LEGE OPORTET AD ME PROFERENTVR, SECVNDVM TABVLAS TESTAMENTI POTISSIMVM POSSESSIONEM DABO.“ Hoc tralatitium est. (Cic. in Verr. I, 45.) — (Bonorum possessio secundum tabulas.)

ζ) Etiamsi jure civili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit non minus quam septem testium civium Romanorum signis, bonorum possessio datur. (Ulp. Fr. XXVIII, 6.)

η) Rescripto imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali. (Gaj. II, 120.)

5. Das Soldatentestament.

ϑ) Trajanus. . . . „*Faciant testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem nuda voluntas testatoris.*“ (L. 1. pr. D. de test. mil. 29, 1.) Ulp.

ι) Sed quod testamentum miles contra juris regulam fecit ita demum valet, si in castris mortuus sit, vel post missionem intra annum. (Ulp. Fr. XXIII, 10.)

C. Nach justinianischem Recht.

6. Das ordentliche schriftliche Testament.

7. Das mündliche Testament.

κ) Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata, sciat hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum. (§. 14. I. h. t. 2, 10.)

8. Testamenta publica: a) testamentum principi oblatum, b) testamentum apud acta conditum.

§. 97.

Inhalt des Testaments.

1. Die Erbeinsetzung (heredis institutio).

α) Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. (Gaj. II, 229.)

β) Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam (vis) et potestas testamenti ab heredis institutione incipit. (Ulp. Fr. XXIV, 15.)

2. Form der Einsetzung.

γ) Solemnis autem institutio haec est: TITIVS HERES ESTO; sed et illa jam comprobata videtur: TITIVM HEREDEM ESSE JVBEO; at illa non est comprobata: TITIVM HEREDEM ESSE VOLO; sed et illae a plerisque improbatae sunt: HEREDEM INSTITVO, item: HEREDEM FACIO. (Gaj. II, 117.)

δ) Placuit ademtis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat, an inflexis. . . . Sed quibuslibet confecta sententiis, vel quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio. (L. 15. C. de test. 6, 23.) Constantinus.

3. Bestimmtheit des Eingesetzten.

ε) Incerta persona heres institui non potest, velut hoc modo: QVISQVIS PRIMVS AD FVNVS MEVM VENERIT, HERES ESTO; quoniam certum consilium debet esse testantis. (Ulp. Fr. XXII, 4.)

ζ) Verum est omnem postumum qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem (sc. secundum tabulas) petere posse. (L. 3. D. de B. P. sec. tab. 37, 11.) Paul.

η) Postumos autem dicimus eos dumtaxat, qui post mortem parentis nascuntur; sed et . . . qui post testamentum factum in vita nascuntur. (L. 3. §. 1. D. de injusto, 28, 3.) Ulp.

4. Zahl der Einsetzungen; Erbtheile.

ϑ) Et unum hominem et plures in infinitum quos velit heredes facere licet. . . . Si plures instituantur, ita demum

partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex aequis partibus heredes esse; satis enim constat, nullis partibus nominatis ex aequis partibus eos heredes esse. (§. 4, 6. I. de hered. inst. 2, 14.)

ι) Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quae assis appellatione continentur; habent autem et hae partes propria nomina ab uncia usque ad assem, ut puta haec: uncia, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit, et si unum tantum ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit; neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles. . . . (§. 5. I. eod.)

5. Nebenbestimmungen der Erbeinsetzung.

ϰ) Heres et pure et sub condicione instituti potest: ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, veluti: „*post quinquennium quam moriar*“ vel „*ex Kalendis illis*“ aut „*usque ad Kalendas illas heres esto*“; diemque adjectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset. (§. 9. I. eod.)

§. 98.

Insbesondere die Substitutionen.

[Gaj. II, 174 sq. Inst. tit. de vulg. subst. 2, 15; de pupill. subst. 2, 16.]

1. Die gemeine Substitution (subst. vulgaris).

α) Potest quis in testamento plures gradus heredum facere, puta: „*Si ille heres non erit, ille heres esto,*“ et deinceps plures. . . . Et vel plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singulis singuli, vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt. (L. 36. D. de vulg. et pup. subst. 28, 6.) Marc.

2. Die sogenannte fideikommissarische Substitution.

β) Extraneo heredi instituto ita substituere non possumus, ut si heres exstiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei heres sit. (Gaj. II, 184.)

γ) Miles ita heredem scribere potest: *„quoad vivit Titius heres esto, post mortem ejus Septicius“*. (L. 41. pr. D. de test. mil. 29, 1.) Tryphon.

3. Die Pupillarsubstitution (subst. pupillaris).

δ) Liberis nostris impuberibus, quos in potestate habemus, non solum ita, ut supra diximus, substituere possumus, id est ut si heredes non exstiterint, alius nobis heres sit, sed eo amplius, ut, etiamsi heredes nobis exstiterint et adhuc impuberes mortui fuerint, sit iis aliquis heres, velut hoc modo: *Titius filius meus mihi heres esto. Si filius meus mihi heres non erit sive heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit, Sejus heres esto.* Quo casu si quidem non exstiterit heres filius, substitutus patri fit heres; si vero heres exstiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Quam ob rem duo quodammodo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum. (Gaj. II, 179, 180.)

ε) Liberis autem suis testamentum facere nemo potest, nisi et sibi faciat: nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeo ut si patris testamentum non valeat, ne filii quidem valebit. (§. 5. I. de pup. subst. 2, 16.)

ζ) Non solum autem heredibus institutis impuberibus liberis ita substituere possumus, . . . sed etiam exheredatis; itaque eo casu si quid pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet. (Gaj. II, 182.)

η) Neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis. (L. 10. §. 5. D. h. t. 28, 6.) Ulp.

4. Verbindung der Vulgar- und Pupillarsubstitution.

ϑ) Jam hoc jure utimur ex D. Marci et Veri constitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non exstiterit, sive exstiterit et impubes decesserit. (L. 4. pr. D. h. t. 28, 6.) Mod.

5. Die sogenannte Substitutio quasi pupillaris.

§. 99.

Ungiltigkeit der Testamente.

[Gaj. II, 138 sq. Inst. tit. quib. mod. testamenta infirm. 2, 17.]

1. Arten der Ungiltigkeit: a) Nichtigkeit und Anfechtbarkeit; b) ursprüngliche und nachfolgende Ungiltigkeit; c) unwillkürliche Hinfälligkeit und gewollte Vernichtung der Testamente.

2. Gründe der Ungiltigkeit; Hauptfälle.

a) Testamentum non jure factum (injustum, nullum).

α) Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest. (L. 210. D. de R. J. 50, 17.) Licin. Ruf.

b) Testamentum ruptum.

β) Rumpitur testamentum mutatione, id est si postea aliud testamentum jure factum sit; item agnatione, id est si suus heres agnascatur, qui neque heres institutus, neque, ut oportet, exheredatus est. (Ulp. Fr. XXIII, 2.)

γ) Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad extremum vitae exitum. (L. 4. D. de adim. leg. 34, 4.) Ulp.

δ) Posteriore quoque testamento, quod jure factum fuerit, superius rumpitur; nec interest, an exstiterit aliquis ex eo heres, an non exstiterit, hoc enim solum spectatur, an existere potuerit; ideoque si quis ex posteriore testamento, quod jure factum est, aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut per cretionem exclusus fuerit, aut condicione, sub qua heres institutus est, defectus sit, aut propter coelibatum ex lege Julia summotus fuerit ab hereditate; quibus casibus paterfamilias intestatus moritur, nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore, et posterius aeque nullas vires habet, cum ex eo nemo heres exstiterit. (Gaj. II, 144.)

ε) Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere. (§. 7. I. h. t. 2, 17.)

ζ) Si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas et hoc adprobaverint hi qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas. (L. 4. D. de his. qu. del. 28, 4.) Paul.

c) Testamentum irritum.

η) Testamenta jure facta infirmantur, velut cum is, qui fecerit

testamentum, capite deminutus sit. . . . Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicemus. (Gaj. II, 145, 146.)

d) Testamentum destitutum (s. desertum).

ϑ) Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scriptae sunt. (L. 9. D. de testam. tut. 26, 2.) Pomp.

e) Testamentum inofficiosum (siehe unten §. 104).

ι) Inofficiosum testamentum dicere hoc est: allegare quare exheredari vel praeteriri non debuerit. (L. 3. D. de inoff. test. 5, 2.) Marc.

Delation der Erbschaft.

II. Durch das Gesetz.

(Hereditas ab intestato, gesetzliche Erbfolge.)

§. 100.

A. Nach altem Civilrecht (legitima hereditas).

[Gaj. III, 1—24. Inst. tit. de legitima agnat. successione, 3, 2.]

1. Die Erbfolgeordnung der XII Tafeln.

α) Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres exstitit. (pr. I. de hereditat., quae ab intest. 3, 1.)

β) Cautum est lege XII tabularum: Si intestato moritvr cvi svvs heres nec escit, agnatvs proximvs familiam habeto. (Ulp. Fr. XXVI, 1.)

γ) Si agnatus defuncti non sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat his verbis: Si agnatvs nec escit, gentiles familiam habento. Nunc nec gentilicia jura in usu sunt. (Coll. Leg. Mos. XVI, 4. §. 2.) Ulp.

2. Insbesondere das Erbrecht der Sui.

δ) Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerunt, veluti filius filiave nepos neptisve ex filio; . . . nec interest, utrum naturales sint liberi an adoptivi. Ita demum tamen nepos neptisve . . . suorum heredum numero

sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione: nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate ejus sit, nepos ex eo suus heres esse non potest; item et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intelligemus. Uxor quoque, quae in manu morientis est, ei sua heres est, quia filiae loco est; item nurus, quae in filii manu est, nam et haec neptis loco est; sed ita demum erit sua heres, si filius cujus in manu fuit, cum pater moritur, in potestate ejus non sit. Postumi quoque, qui si vivo patre nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt. (Gaj. III, 2—4.)

ε) In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. . . . Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt; nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat. (L. 11. D. de lib. et post. 28, 2.) Paul.

3. Das Erbrecht der Agnaten.

ζ) Non tamen omnibus simul agnatis dat lex XII tabularum hereditatem, sed his, qui tunc, cum certum est aliquem intestato decessisse, proximo gradu sunt. Nec in eo jure successio est: ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit vel, antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil juris ex lege competit. (Gaj. III, 11, 12.)

η) Agnatorum hereditates dividuntur in capita: velut si sit fratris filius et alterius fratris duo pluresve liberi, quotquot sunt ab utraque parte personae, tot fiunt portiones, ut singuli singulas capiant. (Ulp. Fr. XXVI, 20.)

4. Das patronatische Erbrecht.

ϑ) Libertorum intestatorum hereditas primum ad suos heredes pertinet; deinde ad eos, quorum liberti sunt, velut patronum patronam liberosve patroni. (Ulp. Fr. XXVII, 1.)

§. 101.

B. Nach prätorischem Recht (Bonorum possessio intestati).

[Gaj. III, 25—34.]

1. Die Successionsordnung des prätorischen Edikts; Verhältniß zum Civilrecht. Successio ordinum.

2. Die vier Ordines.

I. Unde liberi.

α) Liberis bonorum possessio datur tam his, qui in potestate usque in mortis tempus fuerunt, quam emancipatis; item adoptivis, non tamen etiam in adoptionem datis. (Ulp. Fr. XXVIII, 8.)

β) Emancipatis liberis ex edicto datur bonorum possessio, si parati sint cavere fratribus suis, qui in potestate manserunt, bona quae moriente patre habuerunt se collaturos. (Ulp. Fr. XXVIII, 4.) Kollationspflicht.

γ) Nam aequissimum putavit (sc. praetor), neque eos bonis paternis carere per hoc, quod non sunt in potestate, neque praecipua bona propria habere, cum partem sint ablaturi suis heredibus. (Coll. leg. Mos. XVI, 7, 2.) Ulp.

II. Unde legitimi.

δ) Haec autem bonorum possessio omnem vocat, qui ab intestato potuit esse heres, sive lex XII tabularum eum legitimum heredem faciat, sive alia lex senatusve consultum. (L. 2. §. 4. D. unde legit. 38, 7.) Ulp.

III. Unde cognati.

ε) Haec bonorum possessio nudam habet praetoris indulgentiam, neque ex jure civili originem habet; nam eos invitat ad bonorum possessionem, qui jure civili ad successionem admitti non possunt, id est cognatos. (L. 1. pr. D. unde cogn. 38, 8.) Ulp.

ζ) Proximi cognati bonorum possessionem accipiunt non solum per feminini sexus personas cognati, sed etiam adgnati capite deminuti: nam licet legitimum jus adgnationis capitis minutione amiserint, natura tamen cognati manent. (Ulp. Fr. XXVIII, 9.)

η) Haec autem bonorum possessio ... cognatorum gradus sex complectitur, et ex septimo duas personas, sobrino et sobrina natum et natam. (L. 1. §. 3. D. unde cogn. 38, 8.) Ulp.

IV. Unde vir et uxor.

ϑ) Ut bonorum possessio peti possit „unde vir et uxor“, justum esse matrimonium oportet. (L. un. pr. D. unde vir. 38, 11.) Ulp.

3. Prätorische Intestaterbfolge nach Freigelassenen.

ι) . . . Lex quidem XII tabularum manumissori legitimam hereditatem detulit; sed praetor aequitate motus decem personas cognatorum ei praetulit has: patrem matrem, filium filiam, avum aviam, nepotem etc. (Coll. leg. XVI, 9, 2.) Ulp.

4. Abänderungen der prätorischen Intestaterbfolge (zwischen Mutter und Kind): St. Tertullianum (unter Hadrian); St. Orphitianum (unter Marc Aurel).

ϰ) Intestati filii hereditas ad matrem ex lege XII non pertinet; sed si jus liberorum habeat, ingenua trium, libertina quatuor, legitima heres fit ex SC. Tertulliano. (Ulp. Fr. XXVI, 8.)

λ) Licet autem vulgo quaesitus sit filius filiave, potest ad bona ejus mater ex Tertulliano senatusconsulto admitti. (§. 7. I. de SC. Tert. 3, 3.)

μ) Ad liberos matris intestatae hereditas sine in manum conventione ex lege XII tabularum non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent; sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata id actum est, ut matrum legitimae hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis adgnatis. (Ulp. Fr. XXVI, 7.)

§. 102.

C. Die Intestaterbfolge des justinianischen Rechts.

[Novella 118.]

1. Prinzip der Reform.

α) Nullam vero volumus esse differentiam in quacunque successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi, sive per feminae personam defuncto jungebantur, sed in omnibus successionibus adgnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus . . . et omnes sine qualibet hujusmodi differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successionem ab intestato venire praecipimus. (Nov. 118. c. 4.)

2. Die 4 Klassen (ordines).

I. Descendenten (Theilung in stirpes).

II. a) Ascendenten, b) vollbürtige Geschwister, und c) Kinder von solchen. (Theilung: a in lineas; a mit b in capita; b mit c in stirpes.)

III. Halbbürtige Geschwister und Kinder von solchen.

IV. Alle übrigen Seitenverwandten (Theilung in capita).

3. Die Successio graduum und ordinum.

4. Das subsidiäre Erbrecht des Ehegatten.

β) Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant, quoties deficit omnis parentum liberorumve seu propinquorum legitima vel naturalis successio, fisco excluso. (L. 1. C. unde vir. 6, 18.) Theodos.

Delation der Erbschaft.

III. Gegen das Testament.

(Notherben- und Pflichttheilsrecht.)

§. 103.

Das (formale) Notherbenrecht.

[Gaj. II, 123 sq. Inst. tit. de exhered. liber. 2, 13.]

1. Einleitung. Ursprünglich absolute Testirfreiheit. — Wesen und Zweck des formellen und des materiellen Notherbenrechtes.

α) Verbis legis XII tabularum his VTI LEGASSIT SVAE REI ITA JVS ESTO latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi: sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium. (L. 120. D. de V. S. 50, 16.) Pomp.

2. Das formale Notherbenrecht nach Jus civile. Präterition.

β) Sui heredes vel instituendi sunt vel exheredandi. (Ulp. Fr. XXII, 14.)

γ) Qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur. (Gaj. II, 123.)

δ) Postumi quicumque liberi cujuscumque sexus omissi, quod valuit testamentum, adgnatione rumpunt. (Ulp. Fr. XXII, 18.)

ε) Adgnascitur suus heres aut adgnascendo aut adoptando aut in manum conveniendo aut in locum sui heredis succedendo, velut nepos mortuo filio aut emancipato. (Ib. XXIII, 3.)

3. Nach prätorischem Edikt (Bonorum possessio contra tabulas).

ζ) Emancipatos liberos utriusque sexus, quamvis jure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse sit, tamen praetor jubet, si non instituantur heredes, exheredari, masculos omnes nominatim, feminas vel inter ceteros: alioquin contra tabulas bonorum possessionem eis pollicetur. (Ulp. Fr. XXII, 23.)

η) Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere aut exheredare, sed possunt eos omittere. (§. ult. I. de exher. 2, 13.)

§. 104.

Das materielle Notherbenrecht (Pflichttheilsrecht) und die querela inofficiosi testamenti.

[Inst. tit. de inoff. test. 2, 18. — Novella 115.]

1. Begriff des testamentum inofficiosum. Anfechtung.

α) Inofficiosum testamentum dicere hoc est: allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit; quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt. . . . Hujus autem verbi „de inofficioso“ vis illa est: docere, immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum; resque illo colore defenditur apud judicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret. (L. 3, 5. D. de inoff. 5, 2.) Marc.

β) Hoc colore de inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent; et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis:

nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum. (L. 2. D. de inoff. 5, 2.) Id.

2. Anfechtungsberechtigte Personen.

γ) Non tantum autem liberis permissum est, parentum testamentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris constitutionibus praelati sunt: non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultro fratres igitur et sorores cognati nullo modo aut agere possunt aut agentes vincere. (§. 1. I. h. t. 2, 18.)

3. Ausschließung der Anfechtung durch Hinterlassung der portio legitima (Pflichttheil).

δ) Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit; sive jure hereditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit. (§. 6. I. h. t. 2, 18.)

ε) Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: ut puta sumus duo filii exheredati. Et utique faciet, ut Papinianus respondit. (L. 8. §. 8. D. h. t. 5, 2.) Ulp.

4. Form und Wirkung der Anfechtung.

ζ) Si ex causa de inofficiosi cognoverit judex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso jure rescissum est; et suus heres erit secundum quem judicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit, et libertates ipso jure non valent, nec legata debentur. (L. 8. §. 16. D. h. t.) Id.

5. Das Notherbenrecht der Nov. 115. und die actio ad supplendam legitimam.

§. 105.

Erwerb der Erbschaft.

[Gaj. II, 152 sq. Inst. tit. de heredum qualit. ed differentia, 2, 19.]

1. Voraussetzungen.

a) Delation und Bewußtsein davon.

b) Erwerbfähigkeit (Kapazität).

α) Caelibes . . . per legem Juliam hereditates legataque capere prohibentur. (Gaj. II, 286.)

β) Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo: verbi gratia si caelibi vel Latino Juniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel caelebs legi paruerit, vel Latinus jus Quiritium consecutus sit. (Ulp. Fr. XVII, 11.)

γ) Item orbi per legem Papiam ob id, quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt. (Gaj. II, 286[a].)

2. Der Erwerbsakt überhaupt (Adquisitio hereditatis). Heredes necessarii, voluntarii.

δ) Sui autem et necessarii heredes sunt velut filius filiave, nepos neptisve ex filio, deinceps ceteri, qui modo in potestate morientis fuerunt. . . . Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur . . . necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt. (Gaj. II, 156, 157.)

ε) Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus; ideo sic appellatus, quia, sive velit sive nolit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber et heres est. (Gaj. II, 153.)

ζ) Necessariis heredibus, non solum impuberibus sed etiam puberibus, abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit, ut quamvis creditoribus hereditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. (L. 57. D. de aqu. hered. 29, 2.) Gaj.

3. Insbesondere die Erbschaftsantretung (aditio hereditatis).

a) Förmliche Antretung (cretio).

η) Extraneis heredibus solet cretio dari, id est finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem, vel si non adeant, temporis fine summoveantur: ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere. Cum ergo ita scriptum sit: HERES TITIVS ESTO, adjicere debemus: CERNITOQVE IN CENTVM DIEBVS PROXIMIS, QVIBVS SCIES POTERISQVE. QVOD NI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO. Et qui ita heres institutus est, si velit heres esse, debebit intra diem cretionis

cernere i. e. haec verba dicere: QVOD ME PVBLIVS MAEVIVS TESTAMENTO SVO HEREDEM INSTITVIT, EAM HEREDITATEM ADEO CERNOQVE; quodsi ita non creverit, finito tempore cretionis excluditur; nec quidquam proficit, si pro herede gerat. (Gaj. II, 164—166.)

b) Formlose Antretung (nuda voluntate; pro herede gestio).

ϑ) Extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo aut etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur vel vendendo res hereditarias, vel praedia colendo locandove, et quoquo modo si voluntatem suam declaret vel re vel verbis de adeunda hereditate, dummodo sciat, eum, in cujus bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse et se ei heredem esse: pro herede enim gerere est pro domino gerere; veteres enim heredes pro dominis appellabant. (§. 7. I. h. t. 2, 19.)

4. Zeitpunkt der Antretung; tempus deliberandi.

ι) Ei (scil. qui sine cretione heres institutus sit) liberum est, quocumque tempore voluerit, adire hereditatem, sed solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si velit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere. (Gaj. II, 167.)

κ) Ait praetor: SI TEMPVS AD DELIBERANDVM PETET, DABO. (L. 1. §. 1. D. de jure delib. 28, 8.)

§. 106.

Ausschlagung, Cession und Transmission der Erbschaft.

1. Repudiatio.

α) In repudianda hereditate vel legato certus esse debet de suo jure is qui repudiat. (L. 23. D. de aquir. v. omitt. her. 29, 2.) Pomp.

β) Qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest. (L. 1. D. eod.) Paul.

2. Cession.

γ) Hereditas quoque in jure cessionem recipit. Nam si is ad quem ab intestato legitimo jure hereditas pertinet, in jure eam

alii ante aditionem cedat, id est antequam heres exstiterit, proinde fit heres is, cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset; post obligationem vero si cesserit, nihilominus ipse heres permanet, et ob id creditoribus tenebitur; . . . corpora vero ejus hereditatis proinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in jura cessa fuissent. (Gaj. II, 34, 35.)

3. Transmission.

a) Begriff (successio in delationem).

δ) Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti (sc. ad heredes) nec veteres concedebant nec nos patimur. (L. un. §. 5. C. de cad. toll. 6, 51.) Justin.

b) Hauptfälle.

ε) Sancimus: si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit, non tamen successioni renuntiaverit, . . . praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa; et si quidem is, qui sciens hereditatem sibi esse vel ab intestato vel ex testamento delatam, deliberatione minime petita intra annale tempus decesserit, hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat. (L. 19. C. de jure del. 6, 30.) Justin. (Sogen. transmissio Justinianea.)

§. 107.

Wirkungen des Erbschaftserwerbs.

1. Universalsuccession. — Confusio bonorum; beneficium separationis.

α) Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant. (L. 37. D. de A. v. O. H. 29, 2.) Pomp.

β) Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. (L. 54. D. eod.) Flor.

γ) Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis: utputa debitorem quis Sejum habuit, hic decessit, heres ei exstitit Titius, hic non est solvendo, patitur venditionem; creditores Seji dicunt, bona Seji sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii, et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem. (L. 1. §. 1. D. de separat. 42, 6.) Ulp.

2. Insbesondere Haftung für die Erbschaftsschulden.

a) Grundsatz.

δ) Hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est. . . . (L. 8. D. de A. v. O. H. 29, 2.) Ulp.

b) Abschwächung; Beneficium inventarii.

ε) . . . Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, hereditatem sine periculo habeant, . . . ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant. Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et, si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur, et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant.... (L. 22. §. 4. C. de jure delib. 6, 30.) Justin.

3. Verhältniß zu Miterben (actio familiae erciscundae).

a) Communio; Theilung und Auseinandersetzung.

ζ) Haec actio (sc. fam. ercisc.) proficiscitur e lege XII tab. namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur. (L. 1. pr. D. fam. ercisc. 10, 2.) Gaj.

η) Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem, cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege XII tabularum divisa sunt. (L. 6. C. eod. 3, 36.) Gord.

b) Accrescenz; Konjunktion.

ϑ) Qui semel aliqua ex parte heres exstitit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est tacite ei deficientium partes etiam invito adcrescunt. (L. 53. §. 1. D. de A. v. O. H. 29, 2.) Gaj.

ι) Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem, vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quominus adeant, reliquis qui adierint adcrescit illorum portio, et licet decesserint antequam adcresceret, hoc jus ad heredes eorum pertinet. (L. 9. D. de suis, 38, 16.) Marc.

κ) Conjunctim heredes institui aut conjunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. (L. 80. D. de leg. III; 32.) Cels.

λ) Heredes sine partibus utrum conjunctim an separatim scri-

bantur, hoc interest, quod, si quis ex conjunctis decessit, non ad omnes, sed ad reliquos qui conjuncti erant: sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio ejus pertinet. (L. 64. [63.] D. de her. instit. 28, 5.) Javol.

§. 73.

Schutz des Erbrechts.

A. Des civilen Erbrechts: Hereditatis petitio.

1. Natur der Klage.

α) Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, utputa eorum, quae a debitoribus sunt exacta. (L. 25. §. 18. D. de her. pet. 5, 3.) Ulp.

2. Kläger und Beklagter.

β) Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam . . . licet minimam. (L. 9. D. de her. pet. 5, 3.) Ulp.

γ) Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur; et Arrianus . . . putat teneri; quo jure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. (L. 11. pr. D. eod.) Ulp.

δ) Pro possessore vero possidet praedo, — qui interrogatus cur possideat, responsurus sit „quia possideo", nec contendet se heredem vel per mendacium, — nec ullam causam possessionis possit dicere: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur. (L. 11—L. 13. pr. D. h. t. 5, 3.) Ulp.

3. Inhalt des Anspruchs (St. Juventianum, unter Hadrian).

ε) Post senatusconsultum omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est. (L. 28. D. h. t.) Paul.

ζ) Ait senatus: „PLACERE, A QVIBVS PETITA HEREDITAS FVISSET, SI ADVERSVS EOS JVDICATVM ESSET, PRETIA, QVAE AD EOS RERVM EX HEREDITATE VENDITARVM PERVENISSENT, ETSI EAE ANTE PETITAM HEREDITATEM DEPERISSENT DEMINVTAEVE ESSENT, RESTITVERE DEBERE; . . . EOS AVTEM, QVI JVSTAS CAVSAS HABVISSENT, QVARE BONA AD SE PERTINERE EXISTIMASSENT, VSQVE EO DVMTAXAT

(CONDEMNANDOS), QVO LOCVPLETIORES EX EA RE FACTI ESSENT." (L. 20. §. 6. D. h. t.)

η) Item veniunt in hereditatis petitionem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt, utputa mancipia pecoraque et si qua alia necessario hereditati sunt comparata. Et si quidem pecunia hereditaria sint comparata, sine dubio venient; si vero non pecunia hereditaria, videndum erit: et puto etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur, pretium scilicet restituturo herede. (L. 20. pr. D. eod.) Ulp.

ϑ) „Pretium succedit in locum rei et res in locum pretii."

B. Schutz des prätorischen Erbrechts: Interdictum quorum bonorum.

ι) Ait praetor: QVORVM BONORVM EX EDICTO MEO ILLI POSSESSIO DATA EST, QVOD DE HIS BONIS PRO HEREDE AVT PRO POSSESSORE POSSIDES POSSIDERESVE, SI NIHIL VSVCAPTVM ESSET, QVODQVE DOLO MALO FECISTI, VTI DESINERES POSSIDERE ID ILLI RESTITVAS. (L. 1. pr. D. quor. bon. 43, 2.)

κ) Ideo autem adipiscendae possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem; itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse. (Gaj. IV, 144.)

§. 109.

Bona vacantia. — Usucapio pro herede.

1. Schicksal des erblosen Nachlasses.

α) Si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem sed jus suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Julia caducaria. (Ulp. Fr. XXVIII, 7.)

β) Quotiens lege Julia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres, a quo relicta erant. (L. 96. §. 1. D. de leg. I; 30.) Jul.

2. Die alte Erbschaftsersitzung.

γ) . . . Olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur. . . . Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit,

et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur. Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur: nam sciens quisque rem alienam lucrifacit. Sed hoc tempore jam non est lucrativa: nam ex auctoritate D. Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur. (Gaj. II, 54—57.)

Die Einzelnachfolge von Todeswegen (Lehre vom Vermächtniß).

§. 110.

Wesen und Arten der Vermächtnisse (Legata und fideicommissa).

[Gaj. II, 191 sq. Inst. tit. de legat. 2, 20.]

1. Begriff.

α) Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit. (L. 116. pr. D. de legat. I; 30.) Florent.

2. Gegenstände.

β) Tam autem corporales res quam incorporales legari possunt; et ideo et quod defuncto debetur potest alicui legari. Sed et tale legatum valet: „*Damnas esto heres domum illius reficere*“, vel „*illum aere alieno liberare*“. (§. 21. I. h. t. 2, 20.)

γ) Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est et neque ab ipso debitore neque ab herede ejus potest heres petere, nec ab alio qui heredis loco est: sed et potest a debitore conveniri, ut liberet eum. Potest autem quis vel ad tempus jubere, ne heres petat. . . . Ex contrario si debitor creditori suo quod debet legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum: quodsi in diem vel sub condicione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repraesentationem. (§. 13, 14. I. eod.)

3. Errichtung.

δ) Legatum codicillis relictum non aliter valet, quam si a testatore confirmati fuerint, id est nisi in testamento caverit

testator, ut quidquid in codicillis scripserit, id ratum sit. (Gaj. II, 270[a].)

4. Hauptarten.

ε) Legatum est quod legis modo id est imperative testamento relinquitur: nam ea quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur. (Ulp. Fr. XXIV, 1.)

ζ) Item legata graece scripta non valent; fideicommissa vero valent. (Gaj. II, 281.)

5. Formen der Legate.

η) Legamus autem quatuor modis: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem. Per vindicationem his verbis legamus: DO, LEGO, CAPITO, SVMITO, SIBI HABETO. — Per vindicationem legari possunt res, quae utroque tempore ex jure Quiritium testatoris fuerunt, mortis et cum testamentum faciebat. (Ulp. Fr. XXIV, 3, 7.)

ϑ) Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex jure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, vindicare debet i. e. intendere „eam rem suam ex jure Quiritium esse“. (Gaj. II, 194.)

ι) Per damnationem (legamus) his verbis: HERES MEVS DAMNAS ESTO DARE, DATO, FACITO, HEREDEM MEVM DARE JVBEO. — Per damnationem omnes res legari possunt, etiam quae non sunt testatoris, dummodo tales sunt, quae dari possint. (Ulp. Fr. XXIV, 4, 8.)

κ) Sinendi modo ita (legamus): HERES MEVS DAMNAS ESTO SINERE LVCIVM TITIVM SVMERE ILLAM REM SIBIQVE HABERE. — Sinendi modo legari possunt res propriae testatoris et heredis ejus. (§§. 5, 10. ib.)

λ) Per praeceptionem hoc modo legamus: LVCIVS TITIVS HOMINEM STICHVM PRAECIPITO. (Gaj. II, 216.)

§. 111.

Die fideicommissa insbesondere.

[Gaj. II, 216 sq. Inst. tit. de fideicomm. 2, 23; de singul. reb. 2, 24; de codicill. 2, 25.]

1. Wesen und Ursprung.

α) Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precativis relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. (Ulp. Fr. XXVI, 1.)

β) Sciendum . . . est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant; et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. Postea primus D. Augustus semel iterumque gratia personarum motus (vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam) jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam jurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant. (§. 1. I. de fid. her. 2, 23.) — Vgl. unten η.

2. Errichtung.

γ) Verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: FIDEI COMMITTO, PETO, VOLO DARI et similia. Etiam nutu relinquere fideicommissum usu receptum est. (Ulp. Fr. XXV, 2, 3.)

δ) Fideicommissum et ante heredis institutionem . . . et codicillis etiam non confirmatis testamento dari potest, licet ita legari non possit. (Ulp. Fr. XXV, 8.)

ε) Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere sed et intestato quis decedens fideicommittere codicillis potest. (§. 1. I. de codicill. 2, 25.)

3. Wirkung.

ζ) Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata, sed cognitione Romae quidem consulum aut praetoris, qui fideicommissarius vocatur, in provinciis vero praesidis provinciae. (Ulp. Fr. XXV, 12.)

η) Erant etiam aliae differentiae, quae nunc non sunt. Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere et fere haec fuit origo fideicommissorum. . . . Caelibes quoque, qui per L. Juliam testamentarias hereditates legataque capere prohibentur, olim

fideicommissa videbantur capere posse; item orbi. . . . (Gaj. II, 284—286.)

4. Gesetzliche Gleichstellung mit den Legaten.

ϑ) Necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. (§. 3, I. de leg. 2, 20.)

ι) In omni ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes . . . in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur, testibus videlicet, quando in scriptura voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus. (L. 8. §. 3. C. de codic. 6, 36.) Theodos.

ϰ) Plerique solent, cum testamentum faciunt per scripturam, adjicere, velle hoc etiam vice codicillorum valere. (L. 3. D. de test. mil. 29, 1.) Ulp. (Kodizillar-Klausel.)

§. 112.

Beschränkung und Hinfälligkeit der Vermächtnisse.

[Inst. tit. de lege Falcid. 2, 22; de adempt. legat. 2, 21.]

1. Positive Einschränkung der Legirfreiheit durch die Lex Falcidia (a. 40 v. Chr.).

α) Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset id ratum haberetur, his verbis „VTI LEGASSIT SVAE REI, ITA JVS ESTO“: quare qui scripti heredes erant, ab hereditate abstinebant et idcirco plerique intestati moriebantur. (Gaj. II, 224.)

β) Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus cui legare liceat, quam dodrantem; itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat: et hoc nunc jure utimur. (Gaj. II, 227.)

γ) Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit his verbis: QVI CIVES ROMANI SVNT, QVI EORVM POST HANC LEGEM ROGATAM TESTAMENTVM FACERE VOLET, VT EAM PECVNIAM EASQVE RES QVIBVSQVE DARE LEGARE VOLET, JVS PO-

TESTASQVE ESTO, VT HAC LEGE LICEBIT. Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: QVICVMQVE CIVIS ROMANVS POST HANC LEGEM ROGATAM TESTAMENTVM FACIET, IS QVANTAM CVIQVE CIVI ROMANO PECVNIAM JVRE PVBLICO DARE LEGARE VOLET, JVS POTESTASQVE ESTO, DVM ITA DETVR LEGATVM, NE MINVS QVAM PARTEM QVARTAM HEREDITATIS EO TESTAMENTO HEREDES CAPIANT . . . EIS QVIBVS QVID ITA DATVM LEGATVMVE ERIT, EAM PECVNIAM SINE FRAVDE SVA CAPERE LICETO; ISQVE HERES, QVI EAM PECVNIAM DARE JVSSVS DAMNATVS ERIT, EAM PECVNIAM DEBETO DARE, QVAM DAMNATVS EST. (L. 1. pr. D. ad l. Falc. 35, 2.)

2. Ursprüngliche Ungiltigkeit der Legate. Regula Catoniana.

δ) Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere; quae definitio in quibusdam falsa est. (L. 1. pr. D. de reg. Cat. 34, 7.) Cels.

ε) Si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum est, quia quod proprium est ipsius amplius ejus fieri non potest; et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa nec aestimatio ejus. (§. 10. I. de leg. 2, 20.)

3. Widerruf (ademptio legati).

a) Ausdrücklich.

ζ) Legatum quod datum est, adimi potest vel eodem testamento, vel codicillis testamento confirmatis: dum tamen eodem modo adimatur, quo modo datum est. (Ulp. Fr. XXIV, 29.)

b) Stillschweigend.

η) Si rem suam legaverit testator posteaque eam alienaverit, Celsus existimat, si non animo adimendi vendidit, nihilominus deberi, idque divi Severus et Antonius rescripserunt. (§. 12. I. de leg. 2, 20.)

c) Durch translatio.

ϑ) Translatio legati fit quatuor modis: aut enim a persona in personam transfertur; aut ab eo qui dare jussus est transfertur, ut alius det; aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei; aut quod pure datum est transfertur sub condicione. (L. 6. pr. D. de adim. leg. 34, 4.) Paul.

§. 113.

Erwerb und Schutz der Vermächtnisse.

1. Anfall der Vermächtnisse. Dies legati cedens — veniens.

a) Dies cedens.

α) Legatorum, quae pure vel in diem certum relicta sunt, dies cedit antiquo quidem jure ex mortis testatoris tempore, per legem autem Papiam Poppaeam ex apertis tabulis testamenti: eorum vero, quae sub condicione relicta sunt, cum condicio exstiterit. (Ulp. Fr. XXIV, 31.)

β) Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum. (L. 5. pr. D. quando di. leg. 36, 2.) Ulp.

b) Dies veniens.

γ) Omnia, quae testamentis sine die vel condicione adscribuntur, ex die aditae hereditatis praestantur. (L. 32. pr. de leg. II; 31.) Mod.

δ) Si dies apposita legato non est, praesens debetur aut confestim ad eum pertinet cui datum est; adjecta, quamvis longa sit, si certa est, veluti kalendis Januariis centesimis, dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest. (L. 21. pr. D. quando di. leg. 36, 2.) Paul.

2. Erwerbsakt; Repudiatio.

ε) . . . quod ita (sc. per vindicationem) legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse. . . . (Gaj. II, 195.)

ζ) Ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis. (L. 44. §. 1. D. de legat. I; 30.) Ulp.

3. Klage aus dem Legat: Vindicatio; actio (in personam) ex testamento.

η) Quae legantur (sc. per vind.) recta via ab eo, qui legavit, ad eum cui legata sunt transeunt. (L. 65. D. de furt. 47, 2.) Nerat. Vgl. oben §. 110 η.

ϑ) Quod autem ita (per damnationem) legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non ut per vindi-

cationem legatum, continuo legatario adquiritur, sed nihilominus heredis est: et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere „heredem sibi dare oportere“, et tum heres rem, si mancipi sit, mancipio dare aut in jure cedere possessionemque tradere debet. (Gaj. II, 204.)

4. Accrescenz bei Kollegataren.

ι) Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive conjunctim sive disjunctim, si omnes veniant ad legatum partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario adcrescere. Conjunctim autem ita legatur: *Lucio Titio et Sejo hominem Stichum do lego;* disjunctim ita: *Lucio Titio hominem Stichum do lego; Sejo eundem hominem do lego.* (Gaj. II, 199.)

κ) Si per damnationem eadem res duobus legata sit, si quidem conjunctim, singulis partes debentur (et non capientis pars jure civili in hereditate remanebat; nunc autem caduca fit): quodsi disjunctim, singulis solidum debetur. (Ulp. Fr. XXIV, 13.)

§. 114.

Das Universalfideikommiß.

[Gaj. II, 247 sq. Inst. tit. de fideicommissar. hereditatib. 2, 23.]

1. Aeltere Form: Partitio legata.

α) Sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa id est pars legari potest, quae species partitio appellatur; utputa hoc modo: *Heres meus cum Titio hereditatem meam partito dividito;* quo casu dimidia pars bonorum Titio legata videtur: potest autem et alia pars velut tertia vel quarta legari. (Ulp. Fr. XXIV, 25.)

β) Partis autem et pro parte stipulationes proprie dicuntur, quae de lucro et damno communicando solent interponi inter heredem et legatarium partiarium, id est cum quo partiri jussus est heres. (Ulp. Fr. XXV, 15.)

2. Das eigentliche fideicommissum hereditatis.

γ) Cum igitur scripserimus: *Lucius Titius heres esto* possumus adjicere: *Rogo te Luci Titi petoque a te, ut cum primum possis*

hereditatem meam adire, Gajo Seio reddas restituas; possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est, vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa vel ex certa die. (Gaj. II, 250.)

3. Wirkung (Rechtsverhältniß zwischen Fiduciar und Fideikommissar).

a) Nach älterem Recht.

δ) Restituta autem hereditate is qui restituit nihilominus heres permanet: is vero qui recipit hereditatem, . . . olim nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris: tunc enim in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eaedem interponebantur inter heredem et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero, qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, et ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exsequi. (Gaj. II, 251, 252.)

b) Nach dem St. Trebellianum (a. 62 n. Chr.) und Pegasianum (a. 75 n. Chr.).

ε) Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae jure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas; post quod senatusconsultum disierunt illae cautiones in usu haberi: praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem, dare coepit eaeque in edicto proponuntur. (Gaj. II, 253.)

ζ) Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, Pegaso et Pusione consulibus

senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendi jus conceditur. (Ib. II, 254.)

η) Si heres damnosam hereditatem dicat, cogitur a praetore adire et restituere totam, ita ut ei et in eum, qui recipit hereditatem, actiones dentur . . . idque ut ita fiat, Pegasiano senatusconsulto cautum. (Ulp. Fr. XXV, 16.)

4. Successives Universalfideikommiß.

ϑ) . . . Si ita scripserimus: *Cum Titius heres meus mortuus erit, volo hereditatem meam ad Publium Maevium pertinere.* (Gaj. II. 277.)

§. 115.

Schenkung auf den Todesfall.

1. Begriff.

α) Mortis causa donatio est, cum quis magis habere se vult, quam eum cui donat, magisque eum cui donat, quam heredem suum. (L. 1. pr. D. de m. c. don. 39, 6.) Mod.

2. Wirkung (Widerruflichkeit).

β) Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur. (L. 32. D. eod.) Ulp.

γ) Qui mortis causa donavit, ipse ex poenitentia condictionem vel utilem actionem habet. (L. 30. D. eod.) Ulp.

Sechstes Kapitel.

Schutz der Rechte.

§. 116.

Selbstschutz und Rechtsschutz.

1. Grundsatz.

α) Non est singulis concedendum quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi. (L. 176. pr. D. de R. J. 50, 17.) Paul.

2. Defensive Selbsthilfe (Selbstvertheidigung).

β) Vim vi repellere licere Cassius scribit, idque jus natura comparatur. (L. 1. §. 27. D. de vi. 43, 16.) Ulp.

3. Aggressive Selbsthilfe (Selbstbefriedigung).

γ) Exstat decretum Divi Marci in haec verba: „*Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris.*" Cum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: „*Tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quotiens quis id quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris vel pecuniam debitam, non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo judice temere possidere vel accepisse isque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.*" (L. 13. D. qu. met. 4, 2.) Callistrat.

§. 117.

Die Klagen (actiones et interdicta). Wesen und Arten.

[Gaj. IV, 1 sq. Inst. tit. de act. 4, 6.]

1. Begriff des Klagerechts.

α) Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur judicio persequendi. (L. 51. D. de obl. et act. 44, 7.) Cels.

2. Actio in personam, in rem.

β) In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est i. e. cum intendimus: *dare, facere, praestare oportere.* In rem actio est, cum aut corporalem *rem* intendimus *nostram esse,* aut jus aliquod nobis competere velut utendi fruendi. (Gaj. IV, 2, 3.)

3. Actio rei persequendae, poenalis, mixta.

γ) Sequens illa divisio est, quod quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae sunt. Rei persequendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones; earum vero actionum, quae in personam sunt, hae quidem, quae ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur.... Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae quam rei persequendae et ob id mixtae sunt. (§§. 16—18. I. h. t. 4, 6.)

4. Actio civilis, honoraria (praetoria).

5. Actio bonae fidei, stricti juris.

δ) Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti juris. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae etc.... In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. (§§. 28, 30. I. h. t. 4, 6.)

6. Interdicta. Arten.

ε) Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit, quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut jubet aliquid fieri aut fieri prohibet; formulae autem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretave vocantur: vocantur autem decreta, cum fieri aliquid jubet, velut cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur; interdicta vero, cum prohibet fieri, velut cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat: unde omnia interdicta aut restitutoria aut exhibitoria aut prohibitoria vocantur. Nec tamen cum quid jusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad judicem recuperatoresve itur et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri jusserit. (Gaj. IV, 139—141.)

ζ) Sequens in eo est diviso, quod vel adipiscendae possessionis causa comparata sunt vel retinendae vel recuperandae. (Gaj. IV, 143.)

η) Tertia divisio interdictorum in hoc est, quod aut simplicia sunt aut duplicia. (Ib. 156.) Vgl. oben §. 37, ϑ.

§. 118.

Vererbung und Erlöschung der Klagrechte.

[Inst. tit. de perp. et temp. act. 4, 12.]

1. Regel. — Unvererblichkeit gewisser Klagen.

a) Passiv.

α) Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso

jure competunt aut a praetore dantur, et in heredem aeque competunt aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriae. (§. 1. I. h. t. 4, 12.)

b) Aktiv.

β) Sed heredibus hujusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta injuriarum actione et si qua alia similis inveniatur. (§. 1. I. h. t.)

γ) . . . Magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem. (L. 2. §. 4. D. de coll. 37, 6.) Paul.

2. Verjährung; Actiones perpetuae, temporales. Tempus utile.

δ) Quo loco admonendi sumus, eas quidem actiones quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accommodare, eas vero, quae ex propria ipsius jurisdictione pendent, plerumque intra annum dare. (Gaj. IV, 110.)

ε) Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquis temporibus limitantur. (L. 3. C. de praesc. XXX ann. 7, 39.) Honorius et Theodosius.

ζ) Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere; ceterum quacumque die nescierit aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. (L. 2. pr. D. quis ordo, 38, 15.) Ulp.

η) Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit experiundi potestatem habere. Et quidem in primis exigendum est, ut sit facultas agendi. . . . Proinde sive apud hostes sit, sive reipublicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, . . . experiundi potestatem non habet. (L. 1. D. de div. tempor. 44, 3.) Ulp.

§. 119.

Einreden, Repliken, Dupliken.

[Gaj. IV, 115 sq. Inst. tit. de except. 4, 13; de replic. 4, 14.]

1. Begriff der exceptio.

α) Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem. (L. 22. pr. D. de except. 44, 1.) Paul.

β) Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari: velut si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris: sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet, per exceptionem doli mali te defendi debere. . . . In his quoque actionibus, quae non in personam sunt, exceptiones locum habent, veluti si metu me coegeris aut dolo induxeris, ut tibi rem aliquam mancipio dem: nam si eam rem a me petas, datur mihi exceptio, per quam si metus causa te fecisse aut dolo malo arguero, repelleris. (Gaj. IV, 116, 117.)

2. Arten.

γ) Exceptiones autem . . . omnes vel ex legibus vel ex his, quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex jurisdictione praetoris proditae sunt. (Gaj. IV, 118.)

δ) Perpetuae atque peremptoriae sunt, quae semper locum habent nec evitari possunt, qualis est doli mali, et rei judicatae, et si quid contra leges senatusve consultum factum esse dicetur, item pacti conventi perpetui i. e. ne omnino pecunia petatur. Temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent sed evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis i. e. ne forte intra quinquennium ageretur. (L. 3. D. de exc. 44, 1.) Gaj.

ε) Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis ignorantia sit in eo, ut dolo careat. (L. 2. §. 5. D. de doli exc. 44, 4.) Ulp. — „Exceptio doli generalis."

3. Wirkung.

ζ) Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. (L. 112. D. de R. J. 50, 17.) Paul.

4. Replik und Duplik.

η) Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie justa vi-

deatur, inique noceat actori; quod cum accidit alia adjectione opus est adjuvandi actoris gratia: quae adjectio replicatio vocatur, quia per eam replicatur aut resolvitur vis exceptionis. (Gaj. IV, 126.)

ϑ) Interdum autem evenit, ut rursus replicatio, quae prima facie justa sit, inique reo noceat; quod cum accidit, adjectione opus est adjuvandi rei gratia quae duplicatio vocatur. (Gaj. IV, 128.)

§. 120.

Urtheil und Vollstreckung.

1. Begriff und Inhalt des Endurtheils. (Absolutorisches, kondemnatorisches Urtheil; Präjudizialurtheil.)

α) Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accepit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit. (L. 1. D. de re jud. 42, 1.) Mod.

2. Rechtskraft des Urtheils. Exceptio rei judicatae.

β) Res judicata pro veritate accipitur. (L. 207. D. de R. J. 50, 17.) Ulp.

γ) Saepe constitutum est, res inter alios judicatas aliis non praejudicare. (L. 63. D. de re jud. 42, 1.) Macer.

δ) Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii. (L. 7. §. 4. D. de exc. r. jud. 44, 2.) Ulp.

3. Zwangsvollstreckung.

a) Personalexekution.

b) Realexekution.

§. 121.

In Integrum Restitutio.

1. Anomale und subsidiäre Natur des Rechtsmittels.

α) Sub hoc titulo plurifariam Praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit: sive metu, sive calliditate, sive aetate, sive absentia inciderunt in captionem. (L. 1. D. de in i. rest. 4, 1.) Ulp.

β) In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem; nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium. . . . (L. 16. pr. D. de minor. 4, 4.) Ulp.

2. Restitutionsgründe.

γ) Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. (L. 3. D. de I. I. R. 4, 1.) Mod. — Vgl. oben α.

δ) Non negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. (L. 16. D. ex qu. ca. maj. 4, 6.) Paul.

ε) Praetor edicit: QUOD CVM MINORE QVAM VIGINTI QVINQVE ANNIS NATV GESTVM ESSE DICETVR, VTI QVAEQVE RES ERIT, ANIMADVERTAM. (L. 1. §. 1. D. de minor. 4, 4.)

ζ) Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit; nam cum constat inter omnes, fragile esse et infirmum hujusmodi aetatum consilium et multis captionibus suppositum, auxilium eis praetor hoc edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem. (L. 1. pr. D. eod.) Ulp.

η) Ait praetor: QVOD METVS CAVSA GESTVM ERIT, RATVM NON HABEBO. (L. 1. D. qu. met. 4, 2.)

3. Wirkung der Restitution.

ϑ) Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque integrum jus suum recipiat. Itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, jubeat praetor emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere. (L. 24. §. 4. D. de minor. 4, 4.) Paul.

Zeittafel zur römischen Rechtsgeschichte.

I. Die Zeit der Könige (1—244 der Stadt; 753—510 a. Chr. n.) und des Freistaates (245—724 der Stadt; 509—30 a. Chr. n.).

Jahr der Stadt	a. Chr. n.	Historische Thatsachen.	Rechtsquellen. — Jurisprudenz.
1	753	Gründung Roms.	
176—220	578—534	Servius Tullius (Heeresordnung).	
220—244	534—510	Tarquinius Superbus (510 vertrieben).	Leges regiae. — Jus civile Papirianum. (?)
245	509	Brutus und Collatinus die ersten Konsuln.	Lex Junia tribunicia. — Leges Valeriae.
260	494	Secessio I. plebis in montem sacrum. — Volkstribunen.	
282	472		Lex Pinaria.
302—304	452—450	Decemviri legibus scribundis.	Lex XII tabularum.
305	449	Secessio II. plebis (in Aventinum).	Leges Valeriae Horatiae.
309	445	Connubium zwischen Patriziern und Plebejern.	Leges Canuleiae.
311	443	Einsetzung der Censoren.	
387	367	Zugänglichkeit des Consulats für die Plebejer. — Einsetzung des Praetor urbanus.	Lex Licinia Sextia.
409	345	Die Plebejer gelangen zur Censur.	Lex Furia de sponsu (?)
447—450	307—304		Appius Claudius Cäcus (447 Consul). Jus civile Flavianum.

Jahr der Stadt	a. Chr. n.	Historische Thatsachen.	Rechtsquellen. — Jurisprudenz.
467	287	Secessio III. plebis (in Janiculum).	Lex Hortensia. — Lex Aquilia. (?)
507	247	Einsetzung des Praetor peregrinus. (?)	Lex Silia und Calpurnia.
549	205		Lex Cincia de donis.
550	204		Lex Aebutia. (?)
557	197		Lex Atinia. — Sextus Aelius Paetus (Jus Aelianum).
565	189		Lex Atilia.
568	186		Lex Plaetoria. (?)
585	169		Lex Voconia testamentaria.
601	153		† M. Porcius Cato.
620—633	134—121	Unruhen der Gracchen.	
649	105		P. Rutilius Rufus (Prätor).
659	95		Q. Mucius Scaevola (cautio und praesumtio Muciana).
672	82	Sulla, Dictator perpetuus.	
674—694	80—60	Herrschaft des Pompejus.	
688	66		C. Aquilius Gallus (Stipulatio Aquiliana).
691	63	Cicero, Consul.	Lex Plautia de vi.
703	51		Servius Sulpicius Rufus, Aulus Ofilius, Alfenus Varus.
705	49	Gallia cisalpina erhält die Civität.	Lex Rubria de Gallia cisalpina. Q. Aelius Tubero.
708	46		Leges Juliae de majestate, de vi, de collegiis.
709	45	Julius Cäsar, Dictator perpetuus.	
710	44	Cäsar ermordet.	Lex Julia municipalis.
711	43		Lex Ursonensis.
714	40		Lex Falcidia.
723	31	Oktavianus besiegt den Antonius.	C. Trebatius Testa. — Aulus Cascellius.

II. Die Zeit der heidnischen Kaiser (725—1077 der Stadt; 29 a. Chr. n. bis 324 p. Chr. n.).

Jahr der Stadt	p. Chr. n.	Reihenfolge der Imperatoren.	Rechtsquellen.	Zur Geschichte der Jurisprudenz.
725—767	29 a. bis 14 p. Chr.	Octavianus Augustus, Imp.		
727	27		Lex regia (Lex imperii).	
729	25	Einsetzung des Praefectus urbi.	Leges Juliae judiciariae. — Lex Julia de cessione bonorum.	
738	16		Lex Julia de adulteriis.	
748	6	Einsetzung des Praefectus praetorio.		
757	4 p. Chr.		Lex Aelia Sentia. — Lex Julia de maritandis ordinibus.	C. Atejus Capito.
761	8		Lex Fufia Caninia.	M. Antistius Labeo.
762	9		Lex Papia Poppaea.	
763	10		S. C. Silanianum.	
767—790	14—37	Tiberius Claudius Nero, Imp.		
769	16		S. C. Libonianum.	Masurius Sabinus.
772	19		Lex Junia Norbana.	
				M. Coccejus Nerva. C. Cassius Longinus.
790—794	37—41	C. Cäsar Caligula, Imp.		
794—807	41—54	Tiberius Claudius Cäsar, Imp.	Lex Claudia de tutela mulierum.	Sempronius Proculus.
799	46		S. C. Vellejanum.	
807—821	54—68	Nero Claudius Cäsar, Imp.		
815	62		S. C. Trebellianum.	M. Coccejus Nerva (junior).

Jahr der Stadt	p. Chr. n.	Reihenfolge der Imperatoren.	Rechtsquellen.	Zur Geschichte der Jurisprudenz.
821—822	68—69	Serv. Sulpicius Galba, Imp.		
822	69	M. Salvius Otho, Imp.		
822	69	A. Vitellius, Imp.		Cälius Sabinus.
822—832	69—79	T. Flavius Vespasianus, Imp.	S. C. Macedonianum.	
823	70		Lex de imperio Vespasiani.	
828	75		S. C. Pegasianum.	
832—834	79—81	Titus Flavius Vespasianus, Imp.		Juventius Celsus der Aeltere.
834—849	81—96	T. Flavius Domitianus, Imp.		
834—837	81—84		Lex Salpensana. Lex Malacitana.	
849—851	96—98	M. Coccejus Nerva, Imp.		
851—870	98—117	M. Ulpius Trajanus, Imp.		P. Juventius Celsus der Jüngere.
870—891	117—138	P. Aelius Hadrianus, Imp.		Priscus Neratius, Javolenus.
882	129		S. C. Juventianum.	~~Salvius~~ Julia~~nus.~~ Sextus Africanus. Terentius Clemens.
884	131		Edictum Divi Hadriani; S.C. Tertullianum.	
891—914	138—161	T. Aelius Antoninus Pius, Imp.		Sextus Pomponius.
914—922	161—169	Marcus Aurelius Antonius Philosoph., Imp. mit seinem Bruder Lucius Aurelius Antoninus Verus (Divi fratres).		~~Gajus.~~ (Institutionen des Gajus.) Ulpius Marcellus.
922—930	169—177	Marcus Aurelius, Imp. allein.	Decretum Divi Marci.	Q. Cervidius Scaevola.
930—933	177—180	Dann mit seinem Sohne Lucius Aurelius Commodus, welcher		
931	178		S. C. Orphitianum.	
933—945	180—192	allein regiert.		
945—946	192—193	P. Helvius Pertinax, Imp.		

Jahr der Stadt	Jahr p. Chr. n.	Reihenfolge der Imperatoren.	Rechtsquellen.	Zur Geschichte der Jurisprudenz.
946	193	M. Didius Julianus, Imp.		
946—964	193—211	L. Septimius Severus Pertinax, Imp. von 951 an mit seinem Sohne M. Aurelius Antoninus Caracalla, Imp.		Tertullianus.
948	195		Oratio Severi.	Aemilius Papinianus.
965—970	212—217	Caracalla, Imp. allein.		Claudius Tryphoninus, Callistratus, Rutilius Maximus, Licinius Rufus Furius Anthianus.
965	212			Papinian durch Caracalla ermordet.
970—971	217—218	M. Opilius Macrinus, Imp.		Florentinus.
971—975	218—222	M. Aurelius Antonius Elagabalus, Imp.		Domitius Ulpianus (228 p. Chr. ermordet).
975—988	222—235	M. Aurelius Severus Alexander, Imp.		Julius Paulus.
988—991	235—238	C. Julius Maximus, Imp.		Marcianus.
991	238	M. Antonius Gordianus, Imp. (Vater und Sohn I. und II.).		Aemilius Macer, Modestinus.
991—997	238—244	M. Antonius Gordianus III., Imp. (der Enkel).		
997—1002	244—249	M. Julius Philippus Arabs, Imp.		
1000	247	Roms Millenarfeier.		
Jahr p. Chr. n.				
249—251		Trajanus Decius, Imp.		
251—253		C. Vibius Trebonianus Gallus, Imp.		
253		C. Julius Aemilianus Pius, Imp.		

Jahr p. Chr. n.	Reihenfolge der Imperatoren.	Rechtsquellen.	Zur Geschichte der Jurisprudenz.
253—260	P. Licinius Valerius, Imp. von 254 an mit seinem Sohne Licinius Gallienus, der dann bis zum Jahre		
268	allein regiert.		
268—270	Claudius II., Imp.		
270—275	L. Domitius Aurelianus, Imp.		
275—276	M. Claudius Tacitus, Imp.		
276—282	M. Aurelius Probus, Imp.		
282—283	M. Aurelius Carus, Imp.		
282—284	Carinus und Numerianus, Impp.		
284—305	C. Aurelius Valerius Diocletianus, Imp. 286 Theilung des Reiches mit Maximianus.	294 Gesetz Diocletians über das Gerichtsverfahren.	
305—306	Galerius und Constantius Chlorus, Impp. 306 an Stelle des Chlorus sein Sohn Constantinus I. Magnus, der nach Wegfall der Mit- und Nebenkaiser von	308 (?) Codex Gregorianus.	
323—337	allein regiert.		
330	Verlegung der Residenz von Rom nach Konstantinopel (Nova Roma).		

III. Die Zeit der christlichen Kaiser bis Justinian (337—365 p. Chr. n.).

Jahr p. Chr. n.	Reihenfolge der Imperatoren.		Rechtsquellen.	Zur Geschichte der Jurisprudenz.
337—340	Constantinus II., Constantius, Constans, Impp.			
340—350	Constantius und Constans, Impp.			
350—361	Constantius, Alleinherrscher.			
361—363	Flavius Claudius Julianus (Apostata). Rückkehr zum Heidenthume.			
363—364	Flavius Jovianus, Imp. Rückkehr zur christl. Religion.			
364	Valentinian, Imp. theilt das Reich mit seinem Bruder Valens: es herrscht im			
	weströmischen Reiche	oströmischen Reiche		
364—375	Valentinian I. von 367 an mit seinem Sohne Flavius Gratianus.			
364—378		Flavius Valens.	Codex Hermogenianus (365?)	
375—383	Flavius Gratianus mit seinem Bruder F. Valentinianus II.			
379—395		Flavius Theodosius I., in dessen Hand		
392	wieder Orient und Occident vereinigt werden.			
	Herrschaft der Söhne des Theodosius:			
	im weström. Reiche	im oström. Reiche		
395—423	Flavius Honorius.			
395—408		Arcadius.		
400			Notitia dignitatum et administrationum omnium in partibus Orientis et Occidentis.	

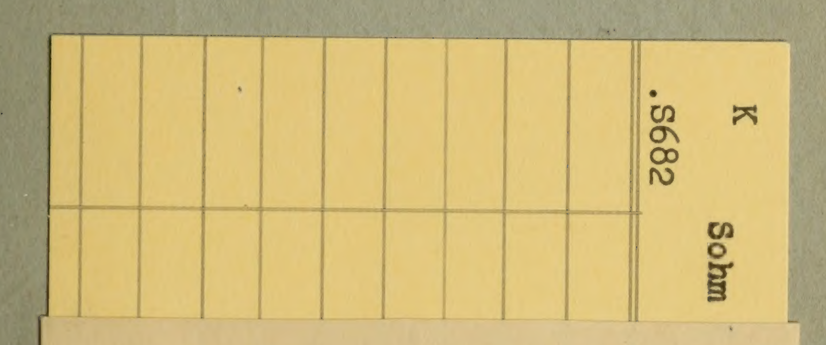
Jahr p. Chr. n.	Reihenfolge der Imperatoren.		Rechtsquellen.	Zur Geschichte der Jurisprudenz.
	im weström. Reiche	im oström. Reiche		
408—450		Theodosius II.		
410				Theodosius II. gründet die Rechtsschule zu Konstantinopel
423—425	Johannes Tyrannus.			
425—455	Valentinianus III.			
426			Citirgesetz von Theodosius II. und Valentinian III.	Fragmenta Vaticana (436 ?) Collatio Legum Mosaic. et Romanar. (436 ?)
438			Codex Theodosianus.	
450—490		Fl. Marcianus 450 bis 457. Fl. Leo I. 457 bis 474. Fl. Leo II. 474. Fl. Zeno 474 bis 490.		
455	Petronius Maximus.			
455—456	Avitus.			
457—461	Majorianus.			
461—465	Severus.			
467—472	Anthemius.			
472—473	Olybrius.			
474	Glycerius.			
474—475	Julius Nepos.			
475—476	Romulus Augustulus.			
493	Stiftung des Ostgothenreiches in Italien.		Die röm. Rechtsquellen bei den Germanen Edictum Theodorici (506), Lex Romana Wisigoth. (506), Lex Rom. Burgund. (517 ?)	
491—518		Fl. Anastasius, Imp.		
518—527		Justinus I.		
527—565	Justinianus (geb. zu Tauresium 482 — Uprauda —) seit 1. April Mitregent, am 1. August durch den Tod Justins Alleinherrscher.			

Jahr p. Chr. n.	Reihenfolge der Imperatoren.	Rechtsquellen und Jurisprudenz.
528		Kommission zur Abfassung des (ältern) Codex Constitutionum.
529		Publikation dieser Arbeit mit Gesetzeskraft vom 16. April 529. — Tribonianus.
529—532		Quinquaginta Decisiones — Tribonian Quaestor sacri palatii.
530		Tribonian mit der Bildung einer Kommission zur Abfassung der Pandekten beauftragt.
533		Publikation der Institutionen mit Gesetzeskraft vom 30. Dezbr. 533.
533		Publikation der Pandekten mit Gesetzeskraft vom 30. Dezember 533. Neue Studienordnung.
534		Auftrag an Tribonian zur Revision (repetita praelectio) des alten Codex. — Publikation des Codex repet. praelect. mit Gesetzeskraft vom 29. Dezember 534.
535—565		Novellae (constitutiones) Justiniani.
545		† Tribonianus.
533—555	Belisar und Narses zerstören das Ostgothenreich. Exarchat in Ravenna.	Einführung der Justinianischen Rechtsbücher im wiedergewonnenen Westen.
565		† Justinian.

Register.

(Die Zahlen bedeuten die Paragraphen.)

Buchdruckerei Julius Klinkhardt, Leipzig.



K
.S682
12129

